Die Erstreckung der Gnade auf die sichernden Maßnahmen.

Inaugural-Dissertation
einer hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Anton Niehaus
Referendar aus Saerbeck
(Kreis Münster in Westfalen.)

Gedruckt in der Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten

1933

Die Erstreckung der Gnade auf die sichernden Maßnahmen.

Inaugural-Dissertation
einer hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Anton Niehaus
Referendar aus Saerbeck
(Kreis Münster in Westfalen.)

Gedruckt in der Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten.

1933

Referent: Professor Dr. Kern

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Durch Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät zu den darin vertretenen Ansichten keine Stellung.

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung.

B. Allgemeines über die sichernden Maßnahmen.

C. Die Strafe.

D. Die sichernden Maßnahmen in ihrem Verhältnis zur Strafe.

I. Die verschiedenen Ansichten.

II. Die übereinstimmenden Merkmale.

a) Die sichernden Maßnahmen werden ebenso wie die Strafen in der Regel auf Grund einer Entscheidung des Strafrichters verhängt.

b) Die sichernden Maßnahmen setzen meistens voraus, daß eine verbrecherische Handlung, wenigstens teilweise verwirklicht worden ist.

c) Die sichernden Maßnahmen sind ebenso wie die Strafen mit einem Unwerturteil verbunden.

d) Die sichernden Maßnahmen enthalten ebenso wie die Strafen ein Uebel.

III. Die Unterschiede.

a) Die Verhängung auf Grund einer strafrichterlichen Entscheidung ist nur eine äußerliche Erscheinung.

b) Die zur Verhängung erforderliche verbrecherische Handlung ist nur ein Anlaß, aber nicht die Ursache der Verhängung.

c) Das Unwerturteil beruht bei den sichernden Maßnahmen auf anderen Grundlagen.

d) bei den sichernden Maßnahmen ist die Uebelzufügung nicht begriffsnotwendig und nicht beabsichtigt.

IV. Die sichernden Maßnahmen sind Verwaltungsmaßregeln.

E. I. Das Begnadigungsrecht im Allgemeinen.

II. Die rechtliche Natur des Begnadigungsrechts, die einzelnen Ansichten.

a) Die Begnadigung ist kein Akt der Rechtsprechung.

b) Die Begnadigung ist kein Akt der Gesetzgebung.

c) Die Begnadigung ist kein Akt der Rechtsprechung und Gesetzgebung zugleich.

d) Die Begnadigung ein Verwaltungsakt.

e) Der Inhalt des Verwaltungsakts;
die Begnadigung ist weder Befehl noch Aufhebung einer Strafpflicht, sondern ein Verzicht, der sich nicht nur auf das Strafvollstreckungsrecht, sondern auf den Strafanspruch des Staates erstreckt.

III. Erscheinungsformen des Begnadigungsrechts.
a) Die Begnadigung im engeren Sinne.
b) Die Abolition.
c) Die Amnestie.
d) Die Straffreiheitserklärung.
e) Die Rehabilition.

F. Die Anwendbarkeit des Begnadigungsrechts auf die sichernden Maßnahmen.
I. Die Begnadigung als Verzicht auf den Strafanspruch ist nur auf Strafen anwendbar.
II. Die gesetzlichen Bestimmungen über das Begnadigungsrecht lassen eine Ausdehnung auf sichernde Maßnahmen nicht zu.
III. Die Unanwendbarkeit der Begnadigung auf die sichernden Maßnahmen ist bereits in der Praxis anerkannt.
IV. Eine vorzügliche Aufgabe der Begnadigung ist, einer höheren Gerechtigkeit zu dienen, diese kann sie bei den sichernden Maßnahmen nicht erfüllen.
V. Für die Anwendung der Gnade auf die sichernden Maßnahmen bestehen kein Bedürfnis, da die sichernden Maßnahmen im Gegensatz zur Strafe jederzeit aufgehoben werden können.
VI. Die Möglichkeit der Aufhebung der Sicherungsverwahrung im Gnadenwege entfällt, da die vorzeitige Aufhebbarkeit im Entwurf ausschließlich geregelt ist.
VII. Die Unmöglichkeit der Aufhebung im Wege der Gnade ergibt sich aus einem Vergleich mit den Erziehungsmaßregeln des Jugendgerichtsgesetzes.

G. Endergebnis und Schluß.

Literatur-Verzeichnis.

Adolph:	Das landesherrliche Begnadigungsrecht in Deutschland, Diss. Jena 1908.
Allfeld:	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig—Erlangen 1922.
Anschütz:	Die Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1929.
Aschrott und Kohlrausch:	Reform des Strafrechts, Berlin—Leipzig 1926.
von Bar:	Gesetz und Schuld, Bd. I—II, Berlin 1906—1909.
Beling:	Die Vergeltungsidee, Leipzig 1908.
ders.:	Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin—Leipzig 1928.
Bennecke:	Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1895.
Berndt:	Artikel „Begnadigung" in Bitters Handwörterbuch der preußischen Verwaltung, Bd. I, S. 209.
Beyerle:	Von der Gnade im deutschen Recht, Rektoratsrede, Göttingen 1910.
Binding:	Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.
	Deutsches Staatsgrundgesetz, Heft: 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, Leipzig 1892—1899.
Birkmeyer:	Strafen und sichernde Maßnahmen, Rektoratsrede, München 1906.
ders.:	Strafen und sichernde Maßnahmen nach dem Vorentwurf, Leipzig 1910.
ders.:	Die Stellung des Vorentwurfs gegenüber dem Streite der Strafrechtsschulen, Leipzig 1920.
Brand:	Die Gesetze über die Verhältnisse der Reichsbeamten, 3. Aufl., Berlin 1926.
Bumke:	Artikel „Rehabilitation" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. IV, S. 774.
Bühler:	Lehrbuch des Steuerrechts, I. Band: Allgemeines Steuerrecht, Berlin 1927.
Dalcke:	Strafrecht und Strafprozeß, 23. Aufl., Berlin 1931.
Davidsohn:	Das Begnadigungsrecht, Diss. Erlangen 1906.
Delaquis:	Artikel „Begnadigung", in von Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1910, Bd. I, S. 374 ff.

ders.: Die Rehabilitation im Strafrecht, Berlin 1907.
ders.: Die Umbildung des Strafbegriffs im modernen Kriminalrecht, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 32, S. 641 ff.
Dittmann: Das Verfahren in Gnadensachen, Diss. Freiburg 1927.
Dörr: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1930.
Elsas: Ueber das Begnadigungsrecht, Diss. Straßburg 1888.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927 (Reichstagsvorlage).
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 (Reichsratsvorlage).
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1930.
Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Berlin 1927.
Amtlicher Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, Berlin 1927.
Essers: Die einzelnen Maßnahmen der Besserung und Sicherung nach den neuesten Reformvorschlägen, Diss. Köln 1926.
Exner: Die Theorie der Sicherungsmittel, Berlin 1914.
ders.: Die bessernden und sichernden Maßregeln im deutschen Entwurf von 1919 unter Mitberücksichtigung des schweizerischen Entwurfs von 1918. In der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 34, S. 183 ff.
ders.: Der Vollzug der bessernden und sichernden Maßnahmen in Reform des Strafvollzuges von Frede und Grünhut, S. 244 ff.
Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Berlin 1904.
Fleischmann: Artikel „Abolition", in von Stengel-Fleischmann Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1910.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1929—1931.
Freudenthal: Maßregeln der Besserung und Sicherung in Reform des Strafrechts von Aschrott und Kohlrausch, S. 153 ff., Berlin—Leipzig 1926.
ders.: Sichernde Maßnahmen gegen Gemeingefährliche im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
Frede und Grünhut: Reform des Strafvollzuges, Berlin—Leipzig 1927.
Fritschen: Das landesherrliche Abolitionsrecht, Diss. Freiburg 1906.

Gebhard: Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches, München—Berlin 1932.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, aufgestellt von Kahl, von Lilienthal, von Liszt, Goldschmidt, Berlin 1911.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin—Leipzig 1922.

ders.: Artikel „Begnadigung", im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 571 ff.

ders.: Artikel „Strafaufhebungsgründe", im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 738.

ders.: Bemerkungen über das Begnadigungsrecht in der Festgabe für Frank, Bd. II, S. 215 ff., Tübingen 1930.

Giese: Artikel „Amnestie" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 115 ff., Berlin 1926.

ders.: Grundriß des Reichsstrafrechts, Bonn 1926.

Goldschmidt: Materielles Justizrecht, in der Festgabe für Hübler, Berlin 1905, S. 85 ff.

Graebert: Begnadigung nach altem und neuem Recht, Diss. Breslau 1922.

Grau und Schäfer: Das Preußische Gnadenrecht, Berlin 1931.

Grünhut: Maßregeln der Besserung und Sicherung in Reform des Strafrechts, von Aschrott und Kohlrausch, Berlin—Leipzig 1926, S. 172 ff.

Haelschner: Das gemeine Deutsche Strafrecht, Bd. I, II, III, Bonn 1881—1887.

Hafter: Strafe und sichernde Maßnahmen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 17, S. 211 ff.

Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, Bd. I—VI, Berlin—Leipzig 1926—1929.

Hartung: Das Strafregister, Berlin 1926.

Hellwig: Jugendgerichtsgesetz, Bd. I, Berlin 1925, Bd. II, Berlin 1930.

Heimberger: Das landesherrliche Abolitionsrecht, Diss. Leipzig 1901.

ders.: Artikel „Abolition", im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 20 ff.

ders.: Strafrecht, Berlin—Wien 1931.

Heiman: Die Begnadigung, Diss. Heidelberg 1930.

Heinze: Die Aufhebung der Strafe durch Begnadigung, in Holtzendorf's Handbuch des Strafrechts, Bd. II, S. 629 ff.

von Hippel:	Deutsches Strafrecht, Bd. II, Berlin 1930.
Jellinek:	Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931.
Kais:	Strafen und sichernde Maßnahmen nach dem Vorentwurf, Diss. Erlangen 1912.
Kaskel:	Die Begnadigung im ehrengerichtlichen Verfahren der freien Berufsstände, Diss. Berlin 1912.
Kern:	Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 43, S. 588 ff.
Kiesow:	Jugendgerichtsgesetz, Berlin 1923.
Kohler:	Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, Hamburg 1883.
Köhler:	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917.
Köstlin:	Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, Tübingen 1845.
Laband:	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I—IV, Tübingen 1913.
Lobe:	Leipziger Kommentar - Reichsstrafgesetzbuch erläutert von Ebermayer—Lobe—Rosenberg, 4. Aufl., Berlin—Leipzig 1929.
Lüder:	Das Souveränitätsrecht der Begnadigung, Diss. Leipzig 1860.
von Lilienthal:	Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XV, S. 97 ff. und 260 ff.
von Liszt:	Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Berlin 1905.
von Liszt-Schmidt:	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 26. Aufl., Berlin—Leipzig 1931.
Loeb:	Das Begnadigungsrecht, Diss. Gießen 1881.
Löning:	Literaturbericht in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. V, S. 187 ff. und S. 534 ff.
Löwe-Rosenberg:	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 16. Aufl., Berlin—Leipzig 1925.
Mengelkoch:	Artikel „Begnadigung", im Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. I, S. 721, Freiburg 1926.
Meyer, Max Ernst:	Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915.
Merkel:	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.
Metten:	Die Natur der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte im geltenden und künftigen Strafrecht, Diss. Erlangen 1927.

Meves: „Von dem Begnadigungsrechte", in Holtzendorf's Handbuch des Strafprozeßrechts, Bd. I, S. 493 ff., Berlin 1879.
Mezger: Strafrecht, Berlin—Leipzig 1931.
Mittermeier: Neuere Richtungen im Strafwesen, in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 14, S. 141 ff.
Müller: Vorstrafen und Strafregister, Diss. München 1908, (von Lilienthal, Heft 92).
Nagler: Verbrecherprophylake und Strafrecht, Leipzig 1911.
Oerker: Zur Strafrechtsreform, im Gerichtssaal, Bd. 89, S. 161 ff.
ders.: Zum Streite der Strafrechtsschulen, im Gerichtssaal, Bd. 78, S. 81 ff.
ders.: Strafen und sichernde Maßnahmen nach dem Vorentwurf, Stuttgart 1910.
von Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1927.
Plochmann: Das Begnadigungsrecht, Diss. Erlangen 1845.
Poetsch-Hefter: Handkommentar der Reichsverfassung, Berlin 1928.
Posener: Die Staatsgrundgesetze des Erdballs, Charlottenburg 1909.
Protokolle des Strafrechtssausschusses: Reichstag III. Wahlperiode 1924/1927, 32. Ausschuß (Reichsstrafgesetzbuch) 31—36. Sitzung.
Reichstag IV. Wahlperiode 1928, 21. Ausschluß (Reichsstrafgesetzbuch) 7—10., 12—15., 61—63. Sitzung.
Reichstag V. Wahlperiode 1930, 18. Ausschuß (Strafgesetzbuch), 7—12. Sitzung.
von Redwitz: Die polizeilichen Maßregeln des Reichsstrafgesetzbuches, Diss. Würzburg 1909.
von Rönne: Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 4. Aufl., Leipzig 1881.
Rosenfeld: Der Reichsstrafprozeß, 4. Aufl., Berlin 1912.
ders.: Strafsystem und Strafzumessung im österreichischen und deutschen Vorentwurf, in der österreichischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. I, S. 309 ff.
ders.: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin—Leipzig 1926.
Richter: Die Sicherungsverwahrung nach den Entwürfen eines Strafgesetzbuchs und eines Strafvollzugsgesetzes, Diss. Tübingen 1922.
Riß: Die Aufhebung von Straffolgen im Gnadenwege nach Bayrischem Rechte in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1904, S. 533 ff.

Schaefer:	Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909—1927; Mannheim—Berlin—Leipzig 1927.
Schäfer-Hauptvogel:	Deutsche Gesetzentwürfe über den Strafvollzug, Berlin—Leipzig 1928.
	Straftilgungsgesetz und Strafregisterverordnung, Berlin 1926.
Schmidt, Eberhard:	Begnadigung und Amnestie in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, S. 563 ff., 1932.
Seuffert:	Artikel „Begnadigung", in Stengleins Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 147 ff.
Schühly:	Kritische Darstellung der Strafen und sichernden Maßnahmen, Heidelberger Preisarbeit 1912.
Stammler:	Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin—Leipzig 1928.
Stier-Somlo:	Reichs- und Landesstaatsrecht, Bonn 1924.
Stier-Somlo:	Die Verfassung des Deutschen Reiches, 3. Aufl., Bonn 1925.
Stooß:	Strafe und sichernde Maßnahmen, in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 18, S. 1 ff.
ders.:	Zur Natur der sichernden Maßnahmen in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie, herausgegeben von Aschaffenburg, Bd. VIII, S. 368 ff.
Sternberg:	Die Begnadigung bei den Naturrechtslehrern, Diss. Berlin 1900.
Thomsen:	Das deutsche Strafrecht, Berlin 1906.
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.	
Victora:	Die Gnadenhoheit im Deutschen Reich, Diss. Heidelberg 1929.
Wüllner:	Die Bedeutung der Strafen und sichernden Maßnahmen in ihren Rechtsfolgen, Diss. Münster 1927.
Wüst:	Die sichernden Maßnahmen im Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss. Zürich, 1904.
ders.:	Strafe und sichernde Maßnahmen in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 21, S. 1 ff.
Wenger:	Das Begnadigungswesen nach preußischem Staatsrecht, Diss. Greifswald 1919.

A. Einleitung.

Die Gesichtspunkte, unter denen man in der jüngsten Zeit Verbrechen und Verbrecher mehr und mehr zu betrachten beginnt, lassen sich höchstens in dem zunächst etwas selbstverständlich klingenden Satz zusammenfassen: Sozialgefährliche Handlungen müssen bekämpft werden. Gleichwohl wird nur eine solche allgemein gehaltene Formulierung der Aufgabe gerecht, die Gesamtheit der neuen Bestrebungen zusammenzufassen. Die Vertreter dieser Ansichten sehen in unserm bisherigen Strafrecht nur einen Teil der Bekämpfungsmöglichkeiten verwirklicht. Sie meinen sogar, daß die Strafe in vielen Fällen das ungeeignetste Bekämpfungsmittel sei. Es lasse sich eine wirkliche Gerechtigkeit dadurch nur selten erreichen. Für die Sicherheit der Gesellschaft lasse sich durch geeignete Sondermaßnahmen viel besser sorgen.[1]) Die Kriminalpolitik fordert daher die Anwendung einer „doppelten Methode".[2]) Sie verlangt, daß neben den Strafen noch besondere Maßnahmen zur Bekämpfung strafbarer Handlungen angewandt werden sollen, welche man in der Literatur gewöhnlich als sichernde Maßnahmen bezeichnet. Diese Bestrebungen sind zu Anfang unseres Jahrhunderts in den Mittelpunkt des Interesses der Strafrechtswissenschaft gerückt. „Strafen und sichernde Maßnahmen" heißt das Grundthema dieser Erörterungen. Man suchte dabei diese Begriffe voneinander abzugrenzen. Dabei hat man sich vielfach damit beschäftigt, zu erforschen, inwieweit die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts auch auf die sichernden Maßnahmen Anwendung finden. Die Forschung ist hier zu verschiedenen, voneinander abweichenden Ergebnissen gelangt. Eine endgültige Lösung dieser Probleme ist nur dann möglich, wenn es gelungen ist, die Begriffe der Strafen und sichernden

[1]) Vgl. Mittermeier, S. 142, v. Liszt-Schmidt, § 4, III, 7.
[2]) Rosenfeld, Strafsystem, S. 309.

Maßnahmen zu völliger Klarheit herauszuarbeiten. Dieses Ziel ist bis heute noch nicht ganz erreicht. Ja, sogar der Begriff der Strafe, von der doch das Strafrecht seinen Namen hat, liegt noch nicht eindeutig fest. Die Klärung dieser Fragen wird durch den Schulenstreit nicht unwesentlich erschwert.

Zu den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts, deren Anwendbarkeit auf die sichernden Maßnahmen geklärt werden soll, gehören auch die Strafaufhebungsgründe. Unter ihnen hat die Begnadigung von jeher ein lebhaftes literarisches Interesse wachgerufen. In der Literatur ist zwar wiederholt die Frage berührt worden, ob die Begnadigung auf die sichernden Maßnahmen angewendet werden könne, jedoch ohne eine eingehende Erörterung, wobei die einen sich für, die andern gegen die Möglichkeit der Anwendung ausgesprochen haben.

Das Interesse an der Lösung dieser Frage ist größer geworden, seitdem im Strafrechtsausschuß des Reichstags bei einer Auseinandersetzung über die äußerst wichtige Frage der Beibehaltung oder Abschaffung der Todesstrafe dieses Problem in die Debatte geworfen worden ist. Es ist für den Fall der Abschaffung von dem Abgeordneten Kahl[3]) der Antrag gestellt worden, daß ein wegen Mordes zu lebenslanger Zuchthausstrafe verurteilter Verbrecher im Falle der Begnadigung in Sicherungsverwahrung zu überführen sei. Die Sicherungsverwahrung gehört zu den in § 55 des Entwurfs zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch von 1927 vorgesehenen Maßregeln der Besserung und Sicherung (sichernde Maßnahmen). Aus der Sicherungsverwahrung kann nach § 62 des Entwurfs von 1927 eine Entlassung nur mit Zustimmung des Gerichts erfolgen. Der Antrag Kahl bezweckt, die Freilassung der Verurteilten zu erschweren. Bei der Besprechung des Antrags hat man die Frage erörtert, ob nicht auch die Sicherungsverwahrung durch die Begnadigung aufgehoben werden könne.[4]) Ist die Aufhebung durch einen Gnadenerweis möglich, so hat der Antrag auf Ueberführung in Sicherungsverwahrung keinen Sinn, da dann eine Erschwerung der Entlassung nicht eintritt. Falls die Sicherungsverwahrung aber keine genügende Sicherung gegen die wegen Mordes Verurteilten sei, wollen einflußreiche Abgeordnete für die Beibe-

[3]) Vgl. Prot. des Strafrechtsausschusses Sitzung vom 18. Oktober 1928.

[4]) Bei einer neuen Beratung des Strafrechtsausschusses hat Kahl seinen Antrag zurückgenommen. (Zeitungsnachricht.)

haltung der Todesstrafe eintreten. Die Frage der Anwendbarkeit der Begnadigung auf die Sicherungsverwahrung und damit allgemein auf die sichernden Maßnahmen gewinnt also Bedeutung für die Frage der Todesstrafe, eine der wichtigsten bei der Reform des Strafrechts.

Im Ausschuß[5]) hat man weiter die Frage aufgeworfen, ob nicht der Zwang zur Ueberführung in Sicherungsverwahrung eine Beschränkung des nach Art. 49 der Reichsverfassung den Ländern zustehenden Begnadigungsrechts bedeute und damit eine Verletzung der Verfassung. Ueber die Grenzen des Begnadigungsrechts sind zwischen dem Reiche und den Ländern wiederholt Streitigkeiten entstanden. Es soll das Ziel der Arbeit sein, die Frage der Anwendbarkeit des Begnadigungsrechts auf die sichernden Maßnahmen und die Frage der Verletzung der Reichsverfassung durch die Anordnung der Ueberführung in Sicherungsverwahrung der Lösung näher zu bringen.

[5]) Vgl. Prot. des Strafrechtsausschusses Sitzung vom 23. Oktober 1928.

B. Allgemeines über die sichernden Maßnahmen.

Der Gedanke, neben der Strafe besondere Maßnahmen zur Bekämpfung des gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechertums zu verwenden, ist nicht neu. Im Mittelalter war bei der häufigen Anwendung der Todesstrafe für derartige Maßnahmen wenig Raum. Der mittelalterliche Richter ließ jedoch den bestraften Verbrecher Urfehde dahin schwören, daß er sich nicht rächen werde. Die zu Anfang der Neuzeit entstandene peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. sah als einzige Freiheitsstrafe den „kerker" vor. Daneben kannte sie noch das „ewige gefenngknus" (Gefängnis), das zu Sicherungszwecken diente. Wenn jemand die Urfehde gebrochen hatte, so wurde er zunächst als Meineidiger bestraft. Waren aber weitere strafbare Handlungen von ihm zu erwarten, so war nach Art. 176 der Carolina auf „ewiges gefenngknus" gegen ihn zu erkennen.[6]) Aus diesem war eine Entlassung nur gegen Friedensbürgschaft möglich. Man sieht daraus, daß die Unterbringung im „gefenngknus" Sicherungszwecken dienen sollte. Die Wiedereinführung der Friedensbürgschaft als sichernde Maßnahme ist in den letzten Jahrzehnten wiederholt gefordert worden. Die Friedensbürgshaft war daher auch in die deutschen Entwürfe aufgenommen. Im Entwurf von 1927 ist sie jedoch nicht vorgesehen. Wir sehen, daß wir heute mit der Forderung nach Einführung sicherer Maßnahmen eigentlich nur frühere Gedanken wieder aufgreifen. Das „gefenngknus" erscheint als Vorläufer der Sicherungsverwahrung, aus der die Entlassung bei Stellung unter Schutzaufsicht möglich ist. Die Schutzaufsicht verfolgt daher in gewissem Umfange denselben kriminalpolitischen Zweck, wie die mittelalterliche Friedensbürgschaft.

Klein, der Verfasser der strafrechtlichen Vorschriften des preußischen allgemeinen Landrechts, hat eine Theorie der Sicherungsmittel aufgestellt und nach von Liszt[7]) zwischen

[6]) Richter, S. 22, v. Liszt-Schmidt, § 36, II, Abs. II.

[7]) v. Liszt, Aufs. II, S. 133 ff.; v. Liszt-Schmidt, § 56 A II, Freudenthal, Handw. Buch, V, S. 460.

Strafen, die sich nach Art und Maß richteten, und Sicherungsmitteln, die sich von der kriminellen Gefährlichkeit in ihrem Maße bedingt waren, scharf unterschieden. Dieser Auffassung entspricht der § 56 II 20 A. L. R., der vorschreibt, daß Diebe und andere Verbrecher, welche wegen ihrer verdorbenen Neigungen dem gemeinen Wesen gefährlich werden könnten, auch nach ausgestandener Strafe des Verhafts nicht eher entlassen werden sollen, als bis sie ausgewiesen haben, wie sie sich auf eine ehrliche Weise zu ernähren imstande sind. Dieser Versuch ist nach von Liszt-Schmidt[8]) infolge des Widerstandes der preußischen Praxis nicht zu der ihm gebührenden Geltung gelangt.

Auch das geltende Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 enthält zahlreiche Maßnahmen, welche den sichernden Maßnahmen des Entwurfs vollkommen entsprechen. Sie sind aber nicht in ein einheitliches System gebracht und werden zum Teil von Wissenschaft und Praxis als Nebenstrafen angesehen. Nach Frank[9]) scheiden aus dem Begriffe der Strafe folgende als polizeiliche Maßregeln (der Sicherung, Besserung oder Fürsorge) zu charakterisierende Deliktsfolgen aus:

1) die Zulassung von Polizeiaufsicht (§§ 38,39 StGB.),
2) Ueberweisung an die Landespolizeibehörde (§§ 181a, 285a, 362 StGB.),
3) die Einziehung von Gegenständen, soweit sie eine unterschiedslose, d. h. ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse zugelassene ist (§§ 152, 295, 296 a, 360 StGB.),
4) die Aberkennung der Fähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden (§ 161 StGB.),
5) Aberkennung der Fähigkeit zum Eisenbahn- und Telegraphendienste (§ 319 StGB.),
6) vorübergehende Vermögensbeschlagnahme (§ 93 StGB.)

Diese Maßregeln werden teilweise (namentlich Polizeiaufsicht und Ueberweisung an die Landespolizeibehörde) als Strafen angesehen. Für diese Ansicht spricht die Tatsache, daß die meisten dieser Maßregeln für den von ihnen Betroffenen ein fühlbares Uebel enthalten, und, wie Köhler[10]) in Bezug auf die Ueberweisung hervorhebt, daß das Deutsche Reich zur

[8]) v. Liszt-Schmidt, a.a.O.
[9]) Frank, S. 44.
[10]) Köhler, S. 26.

Zeit der Entstehung des geltenden Strafgesetzbuches zur Gesetsgebung über reine Praeventivmaßregeln keine Zuständigkeit besaß. Sie sind aber nach richtiger Ansicht als sichernde Maßnahmen anzusprechen. Dies zeigt sich darin, daß die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde nur zugelassen wird, die Anordnung und Durchführung aber ganz dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlassen wird. Die unterschiedslose Einziehung ist auch dann noch möglich, wenn derjenige, der zur Zeit der Einziehung Eigentümer war, oder der Täter selbst inzwischen gestorben ist, also eine Bestrafung geradezu widersinnig wäre.

Da man mehreren der vorgenannten Maßnahmen bisher Strafcharakter beilegte, machte man sich über die Anwendung des Begnadigungsrechts auf diese Maßnahmen wenig Gedanken. Man sah in ihnen Strafen und wandte das Begnadigungsrecht unbedenklich auf sie an. Nur da, wo man, wie bei der unterschiedslosen Einziehung der Maßnahme nur schwer einen Strafcharakter beilegen konnte, hat man Bedenken gehabt, die Aufhebbarkeit durch Begnadigung zu bejahen.[11])

Der erste Gesetzentwurf, welcher ein geordnetes System von sichernden Maßnahmen enthielt, war der von Stooß verfaßte Entwurf zu einem Schweizer Strafgesetzbuch von 1903. Stooß hat darin die Klein'schen Gedanken zum neuen Leben erweckt. Die Verfasser des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909 glaubten dagegen, daß wesentliche Strafverschärfungen genügen würden, um das gewerbs- und gewohnheitsmäßige Verbrechertum zu bekämpfen. Im Vorentwurf traten daher die sichernden Maßnahmen in den Hintergrund. Dagegen enthalten der Gegenentwurf von 1911 und alle folgenden deutschen Entwürfe neben den Strafen ein besonderes System von sichernden Maßnahmen. Der Entwurf von 1927 führt in seinem 8. Abschnitt im § 53 als Maßregeln der Besserung und Sicherung folgende sichernden Maßnahmen auf:

1) die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt,
2) die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Entziehungsanstalt,
3) die Unterbringung in einem Arbeitshaus,
4) die Sicherungsverwahrung,

[11]) RGSt. 50, 386/392; 53/124 Bayr. OLG. 19, 47; Frank, S. 43.

5) die Schutzaufsicht,
6) die Reichsverweisung.

Den Verlust der Amtsfähigkeit, den Verlust des Wahl- und Stimmrechts, die Bekanntmachung der Verurteilung und die Einziehung, welche der Entwurf von 1925 unter den Maßregeln der Besserung und Sicherung aufzählte, haben die Verfasser des Entwurfs von 1927 im 7. Abschnitt unter den Nebenstrafen und Nebenfolgen untergebracht. Die Begründung des Entwurfs gibt als Grund dafür an, daß diese Maßnahmen teilweise Strafcharakter trügen.[12]) Der Entwurf weicht von den früheren Entwürfen auch darin ab, daß nach ihm das Gericht nur die sichernden Maßnahmen für zulässig erklärt, während nach den früheren Entwürfen die Verhängung der Maßnahmen von dem Gericht unmittelbar angeordnet wurde. Nur bei der Sicherungsverwahrung und der Schutzaufsicht ist eine abweichende Regelung vorgesehen. Sie erfolgt nach dem Entwurf von 1927 allein auf Grund des richterlichen Erkenntnisses. Bei den übrigen Maßregeln ist dagegen die Entscheidung darüber, ob die Verhängung tatsächlich erfolgen soll, dem gewissenhaften Ermessen der Verwaltungsbehörde überlassen. Diese Regelung erscheint mir von erheblicher Bedeutung für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen zu sein. Der Strafrechtsausschuß des Reichstages hat freilich die in den früheren Entwürfen vorgesehene Zuständigkeit des Strafrichters zur selbständigen Verhängung der sichernden Maßnahmen wiederhergestellt. Die Aenderung ist aber nur aus rein praktischen Gründen vorgenommen worden, um die Befugnis zur Verhängung von Strafen und sichernden Maßnahmen in einer Hand zu vereinigen.[13]) Der neueste Entwurf von 1930 hat sich dem angeschlossen. Trotzdem die im Entwurf von 1927 vorgesehene Regelung daher voraussichtlich nicht Gesetz werden wird, bleibt sie uns eine wichtige Quelle zur Erkenntnis des Verhältnisses zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen. Die frühere Literatur erscheint daher teilweise überholt.

Die Anwendung von Sondermaßnahmen ist heute schon zum Teil geltendes Recht geworden, und zwar auf dem Gebiete des Jugendstrafrechts. Die Neuregelung des Jugendstrafrechts

[12]) Begründung, S. 38.
[13]) Vgl. Prot. des Strafrechtsaussch. Sitzung v. 29. 10. 1928, Mezger, S. 46. Anm. 3.

ist durch das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923 vorweggenommen worden.[14]) Nach § 6 dieses Gesetzes kann das Gericht, wenn es Erziehungsmaßregeln für ausreichend hält, von Strafe absehen. Nach § 7 sind als Erziehungsmaßregeln zulässig:

1) Verwarnung,
2) Ueberweisung in die Zucht des Erziehungsberechtigten oder der Schule,
3) Auferlegung besonderer Verpflichtungen,
4) Unterbringung,
5) Schutzaufsicht,
6) Fürsorgeerziehung.

Die Erziehungsmaßregeln des § 7 dienen sowohl dem Schutze der Gesellschaft als auch des Jugendlichen selbst. Sie erscheinen als für Jugendliche besonders zugeschnittene sichernde Maßnahmen.[15]) Die Schutzaufsicht ist sowohl nach dem Entwurf als auch nach dem Jugendgerichtsgesetz zulässig. Auch die Maßnahmen der Unterbringung und der Fürsorgeerziehung tragen den Maßregeln des § 55 des Entwurfs von 1927 verwandte Züge.

[14]) v. Liszt-Schmidt, § 4, III, 3, 7. Frank, Vorbem. II zu § 12.
[15]) v. Liszt-Schmidt, § 56 A. I. 2, Freudenthal, Handw. Buch, S. 459.

C. Die Strafe.

Wir müssen, um die Frage der Anwendbarkeit des Begnadigungsrechts auf die sichernden Maßnahmen richtig beantworten zu können, zunächst über die Grundbegriffe Strafe und sichernde Maßnahmen zu einer befriedigenden Klarheit gelangt sein. Nur dann, wenn wir Strafe und sichernde Maßnahmen in ihrem Wesen richtig erkannt haben, vermögen wir zu beurteilen, ob und welche Rechtswirkungen der Begnadigung auf die sichernden Maßnahmen möglich sind. Auf diese Tatsache hat Fleischmann schon vor längeren Jahren hingewiesen.[16]) Wir wollen uns zunächst der Strafe zuwenden als dem älteren der beiden Begriffe. Wie bereits im Eingange erwähnt, liegt der Begriff der Strafe nicht einheitlich fest,[17]) sondern es ist über den Begriff und das Wesen der Strafe ein langwieriger Streit, der sog. Schulenstreit entbrannt. Die Schwierigkeiten einer einheitlichen Festlegung des Begriffes der Strafe rühren schon daher, daß die Frage nach dem Wesen und Zweck der Strafe eine Frage der Weltanschauung ist und daher, je nach dem verschiedenen Standpunkte, den der einzelne Erklärer einnimmt, verschieden betrachtet wird. Wir müssen uns daher, um einen festen Boden zu gewinnen, vornehmlich auf das geltende Recht und die in den Entwürfen zum Ausdruck kommenden Ansichten des Gesetzgebers stützen.

Wenn man einen Begriff zu geben sucht, so versucht man zweckmäßig ihn zunächst aus demjenigen Worte zu erklären, welches unsere Sprache zur Bezeichnung dieses Begriffes gebraucht. Bei der Strafe ist eine solche Erklärung nicht leicht. Sprachgeschichtlich gehört das Wort zu den älteren Bestandteilen des Wortschatzes unserer Sprache. Seine ursprüngliche Bedeutung und die Elemente, aus denen es sich gebildet hat, sind nicht mehr leicht zu erkennen.[18]) Die Erklärer haben daher das Wort sehr verschieden gedeutet. Man ist sich indessen insoweit einig, als die Strafe Uebel-

[16]) Fleischmann, Handwörterbuch, S. 7.
[17]) Birkmeyer, Rektoratsrede, S. 8.
[18]) Vgl. Nagler, S. 128.

charakter hat. Das ist auch die Bedeutung, welche ihr allgemein vom Rechtsbewußtsein des Volkes beigelegt wird. Man versteht unter Strafe ein Uebel, welches einem Menschen wegen eines verwerfbaren Verhaltens auferlegt wird. Aber nicht jedes Uebel, welches deswegen einer Person zugefügt wird, versteht man unter der Strafe. Strafe ist im Sinne der Rechtsordnung oder besser und enger gefaßt, im Sinne des Strafrechts nur dasjenige Uebel, welches von der Staatsgewalt über einen ihrer Gewalt Unterworfenen verhängt. Es müssen hier also zunächst diejenigen Strafen aus unserer Betrachtung ausscheiden, welche einen Menschen auf Grund privater Vereinbarung treffen, wie z. B. die sogenannten Vertragsstrafen. Aber nicht jede Strafe schlechthin ist Strafe im eigentlichen Sinne. Alle Ordnungsstrafen, Disziplinarstrafen und sonstigen staatlichen Zwangsmaßnahmen gehören nicht hierher. Wir wollen uns bei unseren weiteren Ausführungen auf die von den Organen des Staates im Rahmen der ordentlichen Strafrechtspflege, im Rahmen der Strafprozeßgesetze zu verhängenden Strafen, die sogenannten Kriminalstrafen beschränken. Da nur sie im Rahmen des künftigen Strafrechts im Verein mit den weiter unten zu behandelnden sichernden Maßnahmen zur Bekämpfung des Verbrechertums dienen, erscheinen sie uns somit allein geeignet, aus ihnen das Verhältnis zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen zu entwickeln, ohne daß es verwehrt sein soll, in einzelnen Fragen auf die übrigen oben erwähnten Maßregeln zurückzugreifen.

Der Streit um die Strafe dreht sich - von dem obigen allgemein anerkennten Zweck abgesehen - um die nähere Begründung, welche man der Strafe gibt. Hier ist, wie die verschiedenen voneinander abweichenden Strafrechtstheorien zeigen, der Kampf der Meinungen seit der Begründung der modernen Strafrechtswissenschaft stets ein sehr lebhafter gewesen.

D. Das Verhältnis zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen.

I. Die verschiedenen Ansichten.

Die sichernden Maßnahmen sind nach v. Liszt solche staatliche Maßnahmen, die entweder die Anpassung der Einzelnen an die Gesellschaft oder die Ausscheidung der Anpassungsunfähigen aus der Gesellschaft bezwecken.[19])

Zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen die Grenze zu ziehen, ist nicht leicht, da die sichernde Maßnahme, rein äußerlich betrachtet, vieles mit der Strafe gemeinsam hat.[20]) Die Schwierigkeit der Abgrenzung ergibt sich schon aus der Unsicherheit, welche in der Wissenschaft über den Begriff der Strafe besteht und es daher nur eine unsichere Basis für die weitere Untersuchung gibt. Birkmeyer[21]) nennt daher diesen Grundbegriff, einen der unfertigsten und unbestimmtesten in der Strafrechtswissenschaft.

Es ist nicht zu verkennen, daß die sichernden Maßnahmen zum Teil einen strafähnlichen Charakter haben. Es besteht daher die Gefahr, daß in der Praxis eine Verwirrung der Begriffe entsteht.[22]) Es kann aber auch wohl nicht geleugnet werden, daß zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen irgendwelche Unterschiede bestehen, denn sonst brauchte der Gesetzgeber die sichernden Maßnahmen nicht in einem besonderen Abschnitt zu behandeln. Es ist nur streitig, ob die Unterschiede derartig sind, daß der Grundcharakter beider Maßnahmen voneinander verschieden ist.

Von einigen Schriftstellern wird das Bestehen eines grundlegenden Unterschiedes zwischen beiden Arten von Maßregeln geleugnet. Nach Rosenfeld[23]) unterscheiden sie sich

19) v. Liszt-Schmidt, § 58 I.
20) Freudenthal, Handwörterbuch, S. 459.
21) Birkmeyer, Rektoratsrede, S. 8.
22) Birkmeyer, a.a.O. S. 5.
23) Rosenfeld, Strafsystem, S. 21/22.

nur relativ; bei den Strafen trete mehr der Gesichtspunkt eines ethischen Ausgleichs in den Vordergrund, bei den sichernden Maßnahmen mehr die Tutela sociale. Nach ihm ist aus der Wesensnatur der beiden Begriffe die legislative Folgerung abzuleiten, daß der Gesetzgeber garnicht versuchen soll, eine theoretische scharfe Linie zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen zu ziehen. v. Lilienthal[24]) erklärt, daß es sich bei dem Versuche, zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen zu unterscheiden, um einen Streit um Worte handele. Von Liszt[25]) hält die Trennung von Strafen und sichernden Maßnahmen im Schweizer Entwurf von 1903 für eine willkürliche. Nach von Birkmeyer[26]) kann die moderne Theorie eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen Strafe und sichernden Maßnahmen nicht anerkennen, weil ihr die Strafe ja Vorbeugung gegen das Verbrechen sei. Stooß[27]) führt aus, daß die Reformen der modernen Strafgesetzgebung die Anwendung der Strafe im engeren Sinne des Wortes einschränken und sie ganz oder teilweise durch Maßnahmen ersetzen müsse, denen gewiß Strafcharakter zukomme und die von den Fehlbaren als Strafe empfunden werden, die aber ihrem Wesen nach vorwiegend dem Gebiete der Spezialpraevention angehören. Nach Wüst[28]) unterscheidet man zwischen reinen und gemischten sichernden Maßnahmen. Die gemischten haben nach ihm teilweise Strafcharakter.

Diese Gedankengänge werden offensichtlich von Erwägungen getragen, welche sich mit der Einführung der Schutzstrafe beschäftigen, da die sichernden Maßnahmen diesen Bestrebungen der Modernen entgegenzuströmen scheinen.

Es sind gerade die Vertreter der modernen Richtung, welche einen grundlegenden Unterschied zwischen den Strafen und sichernden Maßnahmen verneinen. Dagegen behaupten die meisten Vertreter der klassischen Richtung, daß eine Gleichsetzung nicht zu rechtfertigen sei. Ihnen sind die sichernden Maßnahmen gegenüber den Strafen ein aliud.

---

[24]) v. Lilienthal, S. 121.
[25]) v. Liszt, Aufsätze, Bd. II, S. 116.
[26]) v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen nach dem Vorentw. S. 32.
[27]) Stooß, Schweiz. Zeitschrift, Bd. IX, S. 295.
[28]) Wüst, S. 151/152.

II. Die übereinstimmenden Merkmale.

a) Die sichernden Maßnahmen werden ebenso wie die Strafen in der Regel auf Grund einer Entscheidung des Strafrichters verhängt.

Nach dem Entwurf von 1927 spricht zwar das Gericht von der Schutzaufsicht und der Sicherungsverwahrung abgesehen nur die Zulässigkeit zur Verhängung aus. Während also die Strafe unmittelbar auf Grund des verurteilenden Tenors des Strafurteils erfolgt, bedarf es bei der Verhängung der Maßregeln noch einer besonderen Anordnung der Verwaltungsbehörde. Nach dem Entwurf von 1927 ist also derselbe Rechtszustand vorgesehen, wie er nach dem geltenden Recht bei der Stellung unter Polizeiaufsicht und der Unterbringung im Arbeitshause gilt. Es wird hier nicht die Polizeiaufsicht oder die Unterbringung vom Gericht angeordnet, sondern nur die Zulässigkeit der Stellung unter Polizeiaufsicht und die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde ausgesprochen. Die Stellung unter Polizeiaufsicht und die Ueberweisung gelten jedoch nach der herrschenden Ansicht, die auch vom Reichsgericht[29]) gebilligt worden ist, als Strafen. Als Grund hierfür wird u. a. ausgeführt, daß zur Zeit des Erlasses des Strafgesetzbuches dem Reiche zwar die Gesetzgebung über das Strafrecht zustand, die Anordnung von polizeilichen Maßregeln jedoch Sache der Länder gewesen sei. Nach richtiger Ansicht handelt es sich bei der Polizeiaufsicht und der Unterbringung im Arbeitshause um polizeiliche Maßregeln.[30]) Dies ergibt sich schon daraus, daß die Verhängung nach Verbüßung der Strafe erfolgt. Die Polizeiaufsicht würde heute, wenn nicht gewichtige Gründe gegen ihre Beibehaltung beständen, im Entwurf von 1927 unter den sichernden Maßnahmen zu finden sein. Statt ihm steht die Schutzaufsicht unter den sichernden Maßnahmen. Unter dem Einflusse der Rechtsprechung, die in Polizeiaufsicht und Unterbringung Strafen erblickt, ist es nicht unwahrscheinlich, daß man auch den Maßregeln des § 55 Strafcharakter beizulegen versucht. Dies gilt namentlich von der Sicherungsverwahrung, da sie ja, wie wir unten sehen wer-

[29]) RGSt. 7, 431; 17, 193; RG. in Gold.A. 48, 355.
[30]) Frank, Anm. I zu § 39; Anm. 2 zu § 362.

den, der Strafe äußerlich ähnlich ist. Wenn die Verurteilung zur Strafe und die Verhängung von sichernden Maßnahmen gewöhnlich in derselben Gerichtszeitung erfolgen, wird das Volk nur schwer einen Unterschied erkennen. Die Unterbringung in Sicherungsverwahrung erfolgt auf Grund des Tenors des Strafurteils ohne eine nachstehende Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Es wird hier also eine förmliche Verurteilung zur Sicherungsverwahrung ausgesprochen . Die von den Modernen geforderte unbestimmte Verurteilung würde kaum in anderer Form erfolgen können. Um hier eine klare Unterscheidung zu ermöglichen, hat Oetker[31]) bereits den Vorschlag gemacht, die Anordnung der sichernden Maßnahmen in die Hand des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu legen.

b) Die sichernden Maßnahmen setzen meistens voraus, daß eine verbrecherische Handlung wenigstens teilweise verwirklicht worden ist.

Sie erfordern in den meisten Fällen eine Erscheinung in der Außenwelt, die objektiv oder nur rein äußerlich den Tatbestand eines Verbrechens darstellt. Wenn jemand nach § 56 des Entwurfs von 1927 in einer Heil- oder Pflegeanstalt untergebracht werden soll, so muß er als nicht zurechnungsfähig freigesprochen oder als vermindert zurechnungsfähig verurteilt werden. Ein Freispruch nach § 12 des Entwurfs von 1927 setzt aber voraus, daß der Angeklagte wenigstens den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklicht hat. Wenn nämlich der Angeklagte überhaupt nichts von dem vom Gesetzgeber für strafbar erklärten Tatbestande verwirklicht hätte, so müßte er eben deswegen freigesprochen werden. Es wäre eine unbillige Beschwerung für den Angeklagten, wenn man ihn in diesem Falle nicht wegen Mangels an Beweisen oder erwiesener Unschuld, sondern nur nach § 12 freisprechen würde. Die Zurechnungsunfähigkeit muß nach der Begründung zu § 56 des Entwurfs von 1927 der einzige Grund sein, aus dem ihm die Tat nicht zugerechnet wird.[32]) Es darf ihm kein Umstand zustatten kommen, der die Rechtwidrigkeit der Tat ausschließen oder unabhängig von

[31]) Oetker, Gerichtssaal, Bd. 78, S. 111 ff.
[32]) Begründung, S. 46.

der Geistesstörung, Geistesschwäche oder Bewußtseinsstörung den Vorsatz ausschließen würde.[32]) Nach § 57 des Entwurfs von 1927 muß der in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Heil- und Pflegeanstalt Unterzubringende wegen einer Tat, welche er im Rausche begangen hat oder wegen Volltrunkenheit verurteilt ist (§ 367 des Entwurfs) verurteilt sein. Die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Entziehungsanstalt kann ebenso wie die Einsperrung in ein Gefängnis nur erfolgen, wenn der Unterzubringende den Tatbestand einer strafbaren Handlung voll und ganz verwirklicht hat.

Mit der Unterbringung in einem Arbeitshaus, der Schutzaufsicht und der Reichsverweisung verhält es sich nicht anders. Nach § 58 des Entwurfs von 1927 muß der Unterzubringende wegen einer nach den §§ 370 - 373 strafbaren Handlung (Betteln oder Unzucht) verurteilt werden. Nach § 61 des Entwurfs kann die Schutzaufsicht nur angeordnet werden anstelle der Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt oder in einem Arbeitshaus. Für das Vorliegen einer strafbaren Handlung gilt also dasselbe wie bei denjenigen Maßnahmen, an deren Stelle die Schutzaufsicht tritt. Auch die Reichsverweisung darf nach § 63 vom Gericht nur dann für zulässig erklärt werden, wenn der auszuweisende Ausländer zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, und der Auszuweisende also einen vom Gesetz mit Strafe bedrohten Tatbestand verwirklicht hat.

c) Die sichernde Maßnahme ist ebenso wie die Strafe mit einem Unwerturteil verbunden.

Nach v. Liszt- Schmidt ist die Strafe nach geltendem Recht das Uebel, das der Strafrichter gegen den Verbrecher wegen des Verbrechens verhängt, um das gesellschaftliche Unwerturteil über Tat und Täter zum Ausdruck zu bringen.[33]) Durch das zu einer Strafe verurteilende Erkenntnis des Strafrichters wird die Tat, wegen der die Strafe verhängt wird, mißbilligt. Demjenigen, welcher zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird, wird durch das Urteil erklärt, daß er nicht würdig

[33]) v. Liszt-Schmidt, § 58, A I; v. Bar, II, 11.

sei, frei unter anderen Menschen zu leben, und daß er daher von ihnen abgesondert werden muß. Nach v. Liszt-Schmidt[34]) kann die sichernde Maßnahme, wenn sie an die Begehung einer strafbaren Handlung geknüpft ist, sehr wohl das Wesen der Strafe, ein mit einem Unwerturteil verbundenes Uebel in sich aufnehmen. Auch demjenigen, über den eine sichernde Maßnahme verhängt wird, wird sein voller Wert abgesprochen. Der volle soziale Wert wird für nicht vorhanden erklärt. Das Gericht spricht daher sowohl bei den Strafen als auch bei den sichernden Maßnahmen ein soziales Unwerturteil aus. Als solches Unwerturteil muß namentlich die nach § 59 des Entwurfs von 1927 erforderliche Feststellung gelten, daß der in Sicherungsverwahrung Unterzubringende ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei. Das gleiche muß für die im Falle des § 58 dieses Entwurfs zu machende Feststellung gelten, daß der in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Entziehungsanstalt Unterzubringende gewohnheitsmäßig im Uebermaß geistige Getränke oder andere berauschende Mittel zu sich nimmt. Es wird dem Unterzubringenden hiermit gerichtlich bescheinigt, daß sein Charakter nicht fähig ist, verderblichen Einflüssen zu widerstehen, ein offensichtliches Unwerturteil. Bei der Unterbringung eines Unzurechnungsfähigen, muß festgestellt werden, daß er eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt. Bei der Unterbringung im Arbeitshause muß das Gericht aussprechen, daß der Unterzubringende entweder ein gewohnheitsmäßiger Bettler ist oder ein Unzuchtsdelikt begangen habe, eine äußerst niedrige Bewertung der Persönlichkeit des Unterzubringenden.

d) Die sichernden Maßnahmen enthalten ebenso wie die Strafen ein Uebel.

Die sichernden Maßnahmen des Entwurfs sind, von der Schutzaufsicht und der Reichsverweisung abgesehen, mit einer Freiheitsentziehung verbunden. Der Verlust der Freiheit wird von dem in einer Verwahrungsanstalt wohl weniger empfunden als von dem in einer Strafanstalt untergebrachten Gefangenen. Die Tatsache der Freiheitsentziehung wird aber doch von beiden als ein psychisches Uebel empfunden. Rein äußerlich ist der Unterschied der Freiheitsentziehung gar nicht erkennbar.

[34]) v. Liszt-Schmidt, a.a.O.

Die sichernden Maßnahmen fügen also ebenso wie die Strafen durch die Entziehung der Freiheit ein Uebel zu. Dies zeigt sich schon heute bei der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde, womit die Unterbringung im Arbeitshaus regelmäßig verbunden ist. Die Angeklagten wehren sich gegen die Ueberweisung oft noch mehr als gegen die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe. Schon die unbestimmte Dauer der Freiheitsentziehung wird von ihnen als ein ganz besonders großes Uebel empfunden. Der Arbeitszwang ist dort nicht minder unangenehm als in der Strafanstalt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Unterbringung als Strafe oder als sichernde Maßnahme aufgefaßt wird. Erst recht muß dies von der Sicherungsverwahrung gelten. In der praktischen Durchführung wird die Sicherungsverwahrung sich kaum von einer Zuchthausstrafe unterscheiden, wie es der Entwurf zu einem Strafvollzugsgesetz von 1927 zeigt. Die Vorschriften über Kost und Kleidung und über die Disziplinarstrafen unterscheiden sich nicht von den für Strafgefangene vorgesehenen Anordnungen. Nach Exner[35]) herrscht in der Verwahrungsanstalt Zuchthausbetrieb. Auf die Freiheitsentziehung wird man noch mehr Bedacht nehmen müssen als bei den Zuchthausgefangenen. Wir haben es hier ja mit Elementen zu tun, welche für die Menschheit gefährlicher sind als die Mehrzahl der Zuchthausgefangenen. Wollte man dem Verwahrten ein großes Maß von Vergünstigungen zukommen lassen, so würde man dem Rechtsbrecher den Aufenthalt vielleicht begehrenswert machen und eine Staatspension für oft bestrafte Verbrecher schaffen. Dies muß unter allen Umständen vermieden werden. Der zu Sicherungsverwahrung Verurteilte hat schon wegen seiner aus seinen Vorstrafen sich ergebenden Schuld kein Anrecht darauf, vom Staate besonders günstig behandelt zu werden und Vorteile zu genießen, auf welche der rechtschaffene Bürger keinen Anspruch hat. Das Volk wird den Unterschied nur schwer begreifen, zumal man geneigt ist, jede Freiheitsentziehung, gleichgültig, ob sie verschuldet ist oder nicht, als Strafe zu bezeichnen. Unter diesen Umständen ist es nicht zu verwundern, daß der Unterschied zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen als in der Praxis nicht bestehend erklärt wird.

35) Exner, Reform, S. 250.

III. Die Unterschiede.

Diese Gleichsetzung von Strafen und sichernden Maßnahmen erscheint jedoch als nicht gerechtfertigt. Es bestehen, wie wir unten sehen werden, so bedeutende Unterschiede, daß die Behauptung, Strafen und sichernde Maßnahmen seien trotz einiger äußerlicher Unterschiede im Grunde wesensgleich, nicht aufrecht erhalten werden kann.

a) Die Verhängung auf Grund der strafrichterlichen Entscheidung ist nur eine äußerliche Erscheinung.

Der Charakter der sichernden Maßnahmen wird nicht dadurch beeinflußt, daß sie auf Grund einer Entscheidung des Strafrichters verhängt werden. Sie können dadurch keinen Strafcharakter annehmen. Der Strafrichter verhängt auch sonst Maßnahmen, die einen Strafcharakter nicht haben. Wollte man das Gegenteil annehmen, dann müßte z. B. auch die Untersuchungshaft, die ja nur dem Zwecke dient, die Vollstreckung der künftig festzusetzenden Strafe zu sichern, Strafcharakter annehmen. Auch eine an den Verletzten zu zahlende Buße müßte dann eine Strafe sein. Ihr Charakter als rein zivilrechtliche Entschädigung wird dadurch nicht aufgehoben, daß sie ausnahmsweise im Strafprozeß geltend gemacht werden kann. Gegen die Auffassung der sichernden Maßnahmen als Strafen spricht hier nach Frank[36]) der Umstand, daß die Vollstreckung der Maßnahmen in den meisten Fällen in das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt ist, die sichernden Maßnahmen wären nach ihm eine sonderbare Strafe.

b) Die zur Verhängung erforderliche verbrecherische Handlung ist nur ein Anlaß aber nicht die Ursache der Verhängung.

Der Umstand, daß die sichernden Maßnahmen in der Regel nur dann verhängt werden dürfen, wenn ein Verbrechen ganz oder teilweise oder nur im äußeren Tatbestand verwirk-

[36]) Frank, Anm. II zu § 362 StGB.

licht worden ist, ist ebenfalls kein ausreichender Rechtfertigungsgrund für eine Gleichsetzung. Die Strafen werden wegen der strafbaren Handlungen als solchen verhängt, und zwar wegen der Schuld, welche der Täter durch sie auf sich geladen hat. Die sichernden Maßnahmen können auch dann verhängt werden, wenn der Angeklagte von jeder Schuld freigesprochen worden ist. Das gilt nach der Fassung des § 51 des geltenden Strafgesetzbuches dann, wenn das Gericht feststellt, daß der Angeklagte zur Zeit der Tat in einem Zustande der Bewußtlosigkeit oder krankhaften Geistesstörung sich befand, durch welche seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war, da dann nach dieser Bestimmung eine strafbare Handlung nicht vorhanden war. Der § 12 des Entwurfs von 1927 führt zu dem gleichen Ergebnis, da auch hier, wenn nicht die Strafbarkeit der Handlung so doch die Schuld ausgeschlossen ist. Gerade in einem solchen Falle soll nach ausdrücklicher Vorschrift des § 56 des Entwurfs von 1927 die Unterbringung in einer Heilanstalt angeordnet werden. Ganz anders verhält es sich bei der Strafe. Bei ihr ist die Schuld conditio sine qua non.

Auch bei der Sicherungsverwahrung ist die strafbare Handlung und die mit ihr verbundene Schuld nicht der Grund, weswegen die Unterbringung erfolgt. Dies ergibt sich aus § 59 des Entwurfs von 1927. Nach dieser Vorschrift genügt es zur Verhängung der Sicherungsverwahrung nicht, daß der Unterzubringende zu einer neuen Strafe verurteilt wird. Das Gericht muß vielmehr feststellen, daß der Angeklagte ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher im Sinne des § 78 dieses Entwurfs ist. Die Strafe richtet sich wider das Verbrechen, die sichernde Maßnahme wider die verbrecherische Neigung, gleichviel ob und in wieviel Straftaten sie sich bereits entladen hat.[37]) „Der Begriff der Gemeingefährlichkeit eines Menschen hat mit der Schuld nicht das Geringste zu tun. Er ist schlechthin objektiv, während diese die Abgrenzung des Subjektiven darstellt."[38])

Wie sich aus § 59 ergibt, muß im Richterkollegium zunächst über die Schuldfrage bezüglich der zur Anklage stehenden strafbaren Handlung abgestimmt werden. Erst dann, wenn

---

[37]) Nagler, Verbrechensprophylaxe, S. 223.
[38]) Nagler, a.a.O., S. 11.

die Schuldfrage erledigt ist und das Strafmaß dahin festgesetzt worden ist, daß der Angeklagte zu Zuchthaus verurteilt wird, also Schuld und Straffrage endgültig erledigt sind, kann und darf sich das Kollegium mit der Frage befassen, ob gegen den Angeklagten auf Sicherungsverwahrung erkannt werden soll oder nicht. Es wird künftig in der Beratung außer den beiden bisher bekannten erforderlichen getrennten Abstimmungen über Schuld und Straffrage noch eine besondere Abstimmung über die Frage der Sicherung geben. Aehnlich verhält es sich bei den übrigen Maßnahmen des § 55 des Entwurfs von 1927. Auch hier kann über die Frage der Anwendung des Sicherungsmittels nur als dritte Frage von dem Kollegium abgestimmt werden. Ueberall, wo die Anwendung eines Sicherungsmittels in Frage kommt, tritt künftig neben die Schuld- und Straffrage als Frage von gleichwertiger Bedeutung die Sicherungsfrage. Die Sicherungsfrage geht dahin, ob der Angeklagte eine Gefahr für die Oeffentlichkeit ist. Nach § 56 erfolgt die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt nur dann, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert. Der gleiche Gedanke kehrt in § 75 wieder. Dort wird verlangt, daß jemand gewohnheitsmäßig sich in einem Rauschzustand versetzt, sodaß er eine Gefahr für seine Umgebung bildet, da er in diesem Zustande zu Ausschreitungen neigt. Nach Stooß[39]) wird die sichernde Maßnahme nicht durch ein bestimmtes Delikt begründet, sondern durch den Zustand einer Person, der anläßlich des Strafverfahrens gegen diese Person ermittelt wird.

Die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Verhängung einer Maßregel des § 55 des Entwurfs von 1927 zulässig ist, sind ganz anderer Art als die für die Verhängung der Strafe. Die Sicherungsvoraussetzungen müssen im Prozeß festgestellt werden. Bei ihrer Feststellung braucht die zur Bejahung der Schuldfrage erforderliche Zweidrittelmehrheit nicht vorhanden sein. Es genügt z. B. zu der Feststellung, daß der Angeklagte ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, die einfache Mehrheit der Stimmen.

---

[39]) Stooß in Schweiz. Zeitschrift, Bd. XV, S. 349, und Aschaffenburgs Monatsschrift, Bd. VIII, S. 373.

c) Das Unwerturteil beruht bei den Strafen auf ganz anderen Grundlagen.

Bei den Strafen beruht das Unwerturteil auf der Schuld, welche der Angeklagte durch die strafbare Handlung auf sich geladen hat. Die Strafe richtet sich gegen die ehrlose Gesinnung, welche der Angeklagte in vielen Verbrechensfällen durch die Begehung des Verbrechens gezeigt hat. Bei den sichernden Maßnahmen ist ein Unwerturteil auf Grund einer Schuld unmöglich, da die Schuld ja nicht die Voraussetzung für die Verhängung der sichernden Maßnahmen ist, sondern ein oft nur bejammerndwerter Zustand des Unterzubringenden. Wenn durch das mit der sichernden Maßnahme verbundene Unwerturteil der volle soziale Wert des betreffenden Individuums als nicht vorhanden erklärt wird, so bedeutet dies nicht notwendig eine moralische Verurteilung. Wenn freilich das Gericht die Sicherungsverwahrung anordnet, so kann darin eine moralische Verurteilung liegen. Notwendig ist dies jedoch nicht, da die verbrecherische Neigung ihre Ursache auch in solchen Tatsachen haben kann, für welche das Individuum nicht verantwortlich ist, etwa in einem angeborenen Schwachsinn. Eine moralische Verurteilung scheidet bei den meisten anderen sichernden Maßnahmen aus. Das gilt namentlich dann, wenn die sichernde Maßnahme gegen einen Unzurechnungsfähigen verhängt wird. Aber auch bei der Sicherungsverwahrung muß ein Unwerturteil in der Regel verneint werden, da die sichernde Maßnahme nur wegen der bestehenden Gefährlichkeit verhängt werden darf. Die Gefährlichkeit ist, wie Nagler hervorhebt, ein objektiver Zustand, der mit einer Schuld[41]) - das gilt auch von der moralischen Schuld - nicht das Geringste zu tun hat. Das soziale Unwerturteil bei den sichernden Maßnahmen ist von dem in der Verurteilung zur Strafe liegenden moralischen Unwerturteil wohl zu unterscheiden.

d) Bei den sichernden Maßnahmen ist die Uebelzufügung nicht begriffsnotwendig und nicht beabsichtigt.

Bei der Strafe dient das Uebel, welches in ihr auferlegt wird, dem Zwecke der Vergeltung. Die Zufügung des Uebels

[41]) Nagler, a.a.O.

ist von vornherein beabsichtigt. Die Strafe wird dem Verbrecher vom Richter zugemessen, um ihn leiden zu lassen. Die Strafe hätte ihren Zweck verfehlt, wenn sie ein Leiden nicht enthalten würde. Sie muß ein Leiden enthalten, weil und insofern sie Vergeltung ist.[42])

Bei den sichernden Maßnahmen wird den von ihnen Betroffenen zwar ebenso wie bei der Strafe ein Uebel auferlegt. Das Uebel ist aber nicht notwendig zum Begriffe der sichernden Maßnahmen. Es lassen sich wohl sichernde Maßnahmen denken, welche kein Uebel enthalten. Man könnte z. B. ein zu Diebstählen neigendes Individuum dadurch von weiteren Verletzungen fremden Eigentums abhalten, daß man ihm eine Rente aussetzt, die seinen Lebensunterhalt sicherstellt, die bei der ersten neuen Straftat in Fortfall käme. Eine solche ideale, freilich in der Praxis undurchführbare Einrichtung würde m. E. sehr wirksam sein können. Etwas ähnliches ist die literarisch bereits verwertete Möglichkeit, daß man einen leidenschaftlichen Wilddieb zum Förster macht. Beide Maßnahmen kann man theoretisch ohne Schwierigkeiten unter die sichernden Maßnahmen einreihen. Einen Uebelcharakter dürften beide Maßnahmen nicht enthalten. Unter den im Entwurf von 1927 aufgeführten Maßregeln enthält die Schutzaufsicht, da sie neben der Reichsverweisung die einzige Maßnahme ist, welche nicht mit einer Entziehung der Freiheit verbunden ist, kaum ein Uebel. Die Verpflichtung, mit dem Schutzhelfer in Verbindung zu bleiben, als ein Uebel hinzustellen, dürfte doch wohl zu weit gehen und eine Ueberspannung des Begriffes Uebel bedeuten. Die Schutzaufsicht kann für schwache Charaktere - jeder dauernd zur Begehung strafbarer Handlungen Neigende, ist ein schwacher Charakter, auch der gefährliche Gewohnheitsverbrecher muß in vielen Fällen dazugerechnet werden - nur als eine Wohltat empfunden werden.

Bei den sichernden Maßnahmen ist nicht beabsichtigt, den von ihnen Betroffenen durch sie leiden zu lassen. Die sichernden Maßnahmen werden, wie wir oben gesehen haben, verhängt. Es scheint mir aber grundsätzlich nicht richtig zu sein, wenn man eine Gefahr mit einem Uebel bekämpfen will. Wer zur Bekämpfung einer Gefahr eine Maßnahme ergreift, welche für einen andern ein Uebel enthält, tut dies in der Regel nur

[42]) Birkmeyer, Vorentwurf, S. 22.

wegen der Wirkung, welche die Maßnahme hervorruft, nicht wegen des Schadens, welchen ein anderer erleidet. Wenn die Feuerwehr zur Eindämmung einer großen Feuersbrunst Häuser in die Luft sprengt, so geschieht dies eben nur zur Eindämmung des Brandherdes, nicht um den Hauseigentümern einen Schaden zuzufügen. Bei den sichernden Maßnahmen ist die Entziehung der Freiheit oft die einzige Möglichkeit, um ein Individuum von der Gesellschaft abzusondern und, um den Zweck der Maßnahme zu erreichen, oft ebenso notwendig, wie es die Sprengung der Häuser im Falle eines Brandes sein kann. Wird dem mit einer sichernden Maßnahme zu Belegenden ein Uebel zugefügt, so ist dies ebensowenig beabsichtigt, wie die Schädigung der Hauseigentümer bei der Sprengung der Häuser. Die Absicht, mit einer sichernden Maßnahme die damit belegten Personen leiden zu lassen, würde gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit verstoßen. Die sichernden Maßnahmen können nach dem Entwurf entweder nur dann angewandt werden, wenn eine Schuld nicht vorhanden ist oder wenn bereits vorher die gerechte Strafe festgesetzt ist. Eine weitere Zufügung von Leiden zum Zwecke der Vergeltung wäre ungerecht.

Wir kommen also hier schon zu dem Ergebnis, daß Strafen und sichernde Maßnahmen sich derartig unterscheiden, daß eine Gleichsetzung der beiden Maßnahmen nicht gerechtfertigt werden kann. Die sichernden Maßnahmen sind trotz einiger äußerlicher Aehnlichkeiten in ihrem Grundcharakter so verschieden von den Strafen, daß eine Wesensgleichheit nicht anzunehmen ist. Strafen und sichernde Maßnahmen sind keineswegs, wie von Liszt[43]) meint, zwei sich schneidende Kreise, sodaß die Strafe zugleich sichernde Maßnahme wäre und umgekehrt. Vielmehr handelt es sich nach Oetker[44]) um selbständige und in der praktischen Ausgestaltung getrennte und trennende Reaktionen. Oetker fragt, wie auf ein solches Zwischengebilde die allgemeinen Grundsätze über Konkurrenz usw. angewendet werden? Der Gesetzgeber, der eine solche Zwitterform schüfe, stelle den Strafrichter vor eine unlösbare Aufgabe. Beling[45]) hat daher, um Verwirrung bei der Anwen-

---

[43]) v. Liszt-Schmidt, § 56 A I 3.
[44]) Oetker, im Gerichtssaal, Bd. 78, S. 111.
[45]) Beling, Vergeltungsidee, S. 144, Nagler, S. 262.

dung der allgemeinen Grundsätze des Strafrechts zu vermeiden, den Vorschlag gemacht, die sichernden Maßnahmen aus dem Strafgesetzbuch auszuscheiden.

Der letzte Zweifel daran, daß die Maßregeln des § 53 keine Strafen sind, wird behoben durch die allgemeine Begründung zum 8. Abschnitt des Entwurfs von 1927. Dort wird ausdrücklich darauf hingewiesen, „daß die Besserungs- und Sicherungsmaßregeln keine Strafen sind" und daß die gegen die Vereitelung der Strafvollstreckung gerichteten Strafdrohungen auf die Vereitelung von bessernden und sichernden Maßregeln keine Anwendung finden könnten. Die Verfasser des Entwurfs von 1927 haben daher, um die Verhängung und Durchführung dieser Maßnahmen zu sichern, die Bestimmung über die Strafvereitelung (§ 201) ausdrücklich auf die Sicherung, soweit sie mit einer Freiheitsentziehung verbunden sind, ausgedehnt. Die Strafordnung des § 138 gegen die gesetzwidrige Vollstreckung von Strafen ist auf diese Maßregeln erstreckt worden. Durch diese klare Stellungnahme des Entwurfs erscheint die alte Streitfrage, ob zwischen den Strafen und sichernden Maßnahmen ein Unterschied bestehe, wenigstens für die in dem Entwurf aufgenommenen endgültig dahin entschieden, daß Strafen und sichernde Maßnahmen in ihrem Wesen verschieden sind, und daß die Maßregeln des § 55 nicht als Strafen angesehen werden dürfen. Auch nach Mezger stehen die Maßregeln des Entwurfs, verbrechensverhütende Maßregeln, außerhalb der Strafe.[46])

VI. Die sichernden Maßnahmen sind Verwaltungsmaßregeln.

Die Verfasser des Entwurfs von 1927 und auch die der früheren deutschen Entwürfe haben die Maßregeln des § 55 ebensowenig geschaffen, wie etwa Stooß die sichernden Maßnahmen des Schweizer Vorentwurfs von 1903. Die Maßnahmen sind im Verwaltungsrecht der deutschen Länder ausgebildet worden. Neu ist eigentlich nur die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern. „Diese Maßnahme ist nach Stooß durch die Untersuchungen Wahlbergs, von Liszts[47]) und die Arbeiten

[46]) Mezger, § 76.
[47]) Stooß, Aschaffenburgs Monatsschrift, Bd. VIII, S. 368 ff.

der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung angeregt worden. „Die prophylaktische Tätigkeit des Staates gehört grundsätzlich in das Gebiet des Verwaltungsrechts."[48])

Maßnahmen, wie die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, in eine Entziehungsanstalt werden von den Verwaltungsbehörden täglich angewandt, wobei entweder meistens ein mehr oder minder sanfter Druck auf das unterzubringende Individuum ausgeübt wird oder, wenn eine Entmündigung ausgesprochen wird, der Vormund zur Unterbringung veranlaßt wird. Auch die Maßnahmen des § 55 bleiben Verwaltungsmaßregeln. Der Ausspruch des Gerichts soll, von der Sicherungsverwahrung abgesehen, der Behörde nur die sonst im allgemeinen fehlende Ermächtigung zur Verhängung dieser Maßregeln geben. Die Verwaltungsbehörden sollen ja nach dem Entwurf von 1927 völlig freie Hand haben, ob sie von der Ermächtigung Gebrauch machen wollen oder nicht. Maßnahmen, die Verwaltungsbehörden derartig frei anwenden können, können nur Verwaltungsmaßregeln sein. Dadurch, daß sie auf Grund einer gerichtlichen Ermächtigung verhängt werden, werden sie nicht zu Justizakten. Sie erleiden durch ihre Uebernahme in das Strafrecht keine Veränderung, wenigstens nicht in der Form, in der die Uebernahme nach dem Entwurfe von 1927 erfolgen soll, da ihre Verhängung und Durchführung dem Ressort der Verwaltung überlassen bleibt. Die Frage von Stooß,[49]) ob durch die Uebernahme eine Veränderung eintrete, muß für den Entwurf von 1927 verneint werden. Dies muß auch für die Sicherungsverwahrung gelten. Die Sicherungsverwahrung wird zwar vom Gericht selbst angeordnet. Dies kann aber den Charakter der Maßnahme nicht ändern. Sie fällt dadurch nicht aus dem Rahmen der Maßnahmen des § 55 heraus. Die abweichende Regelung ist nicht geeignet, sie in einen Gegensatz zu den übrigen Maßregeln des § 55 zu bringen. Die Ausnahme ist nur gemacht worden, damit das Gericht, welches den zu Verwahrenden in seiner Gefährlichkeit erkannt hat, eine Kontrolle über die Dauer der Verwahrung hat. Die Durchführung soll ja auch den Verwaltungsbehörden überlassen bleiben.

Die Trennung von Justiz und Verwaltung ist in Deutschland nicht bis in die äußersten Konsequenzen durchgeführt.

48) Nagler, S. 119.
49) Stooß, Schweiz. Zeitschrift, Bd. 18, S. 2.

Auch die Justizbehörden führen Verwaltungsgeschäfte. Es lassen sich hier zahlreiche Beispiele hierfür anführen. Die Entmündigung und die Führung des Grundbuchs sind in einigen Ländern Sache der Gerichte, während in anderen die gleichen Funktionen von den Verwaltungsbehörden ausgeübt werden. Schon hieraus ergibt sich, daß die Anordnung durch das Gericht nicht von entscheidender Bedeutung sein kann.

Diese Erkenntnis erscheint mir als das beste Beweismittel dafür, daß die Sicherungsverwahrung als Verwaltungsmaßnahme anzusehen ist. Was soll sie denn anders sein, wenn sie keine Strafe ist? Die Sache liegt m. E. nicht anders, als wenn ein Gesetz der Verwaltungsbehörde vorschreiben würde, jeden, der eine 10jährige Zuchthausstrafe abgebüßt hat, unter Polizeiaufsicht zu stellen. Im Folgenden ist daher davon auszugehen, daß es sich bei den sichernden Maßnahmen, oder, wie sie im Entwurf genannt werden, den Maßregeln der Besserung und Sicherung um Verwaltungsmaßregeln handelt. Nach Grau und Schäfer[50]) stellen die sichernden Maßnahmen ihrer rechtlichen Natur nach Verwaltungsmaßregeln dar, die aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Gericht übertragen worden sind.

[50]) Grau und Schäfer, S. 68.

E. I. Allgemeines über das Begnadigungsrecht.

Das Begnadigungsrecht ist eine der volkstümlichsten Einrichtungen unseres Rechtssystems. Dem Volk, dem die Rechtseinrichtungen oft so fremd sind und und deren Zwecken es so schwer begreifend gegenüber steht, ist das Begnadigungsrecht wohl bekannt. In dem Schatze seiner Sprichwörter finden sich oft Hinweise auf das Gnadenrecht. Das Begnadigungsrecht hat auch ein lebhaftes Interesse zur wissenschaftlichen Bearbeitung wachgerufen.

Die Begnadigung ist dem Rechte seit den ältesten Zeiten bekannt. Sie erscheint uns mit dem Strafrecht unmittelbar verbunden. Man nannte sie daher früher ein Korrelat der Strafe. Das Wort Gnade stammt aus dem Vorstellungskreise der altgermanischen Gefolgschaft.[51]) Das Verhältnis zwischen Herrn und Gefolgsmann war ein rein persönliches, aufgebaut auf gegenseitige Treue ohne Bindung an starre Rechtsnormen. Alles Wohl hing für den Mann von der Huld und Gnade des Herrn ab. Bei einer schweren Verletzung seiner Pflichten drohte ihm die Ungnade des Herrn. Der in Ungnade Gefallene durfte dem Herrn nicht mehr unter die Augen treten. Nahm ihn der Herr wieder auf, so gewährte er ihm wieder seine Gnade. Aus diesem Vorstellungskreise ist das Wort in unser nationales Denken übergegangen. Es ist dabei jedoch zu beachten, daß es sich hier nur um den Ursprung des Wortes Begnadigung handelt. Das Rechtsinstitut der Begnadigung hat eine ganz andere Wurzel. Auf seinen Ursprung soll weiter unten näher eingegangen werden.

In unserm heutigen Rechte zählt man die Gnade zu denjenigen Gründen, welche die Strafe aufheben oder mildern.[52]) Die Lehre von der Gnade gehört also dem Strafrecht an. Da aber auch zahlreiche Fragen der Zuständigkeit geprüft werden müssen, wobei die Stellung der staatlichen Organe klargestellt werden muß, ist die Lehre von der Begnadigung zugleich Gegenstand der Staatsrechtslehre.

[51]) Beyerle, S. 5.
[52]) Vgl. Gerland, Strafaufhebungsgründe, S. 738.

Die gesetzlichen Bestimmungen über das Begnadigungsrecht sind dürftig; das liegt im Wesen der Gnade. Die meisten sagen nur, wer zur Ausübung zuständig ist. Man hat sich meistens darauf beschränkt, die Zuständigkeit in der Verfassung festzulegen. Eine reichsrechtliche Regelung des Begnadigungsrechts fehlt. Die alte Bismarck'sche Reichsverfassung enthielt über das Begnadigungsrecht keine Bestimmung. Nach § 484 StPO. (alter Fassung) stand das Begnadigungsrecht in Sachen, in denen das Reichsgericht in erster Instanz geurteilt hatte, dem Kaiser zu. Nach den Verfassungen der ehemaligen deutschen Bundesstaaten waren die Landesherren bezw. die Senate der freien Städte die Inhaber des Begnadigungsrechts. Diese Bestimmungen bedurften meistens der Ergänzung durch das Gewohnheitsrecht. Die juristische Konstruktion des Begnadigungsrechts war allein aus ihnen nicht zu entnehmen. Es ist daher nicht zu verwundern, daß im Laufe der Zeit mehrere stark voneinder abweichende Meinungen über den Inhalt des Begnadigungsrechts aufgestellt worden sind.

II. Die rechtliche Natur des Begnadigungsrechts.

Die moderne Staatsrechtslehre kennt nur eine einheitliche Staatsgewalt. Alle Handlungen der staatlichen Organe sind Ausflüsse dieser einheitlichen Staatsgewalt. Nach der Lehre von Montesquieu setzt sich die einheitliche Staatsgewalt aus drei Gewalten zusammen, aus der gesetzgebenden Gewalt, aus der richterlichen Gewalt und der regierenden Gewalt oder Verwaltung. Alle Handlungen der Staatsgewalt fallen in den Bereich einer dieser drei Gewalten. Man versucht daher seit dem Aufkommen der Lehre von der Gewaltenteilung jeden einzelnen Staatsakt als unter eine dieser drei Gewalten fallend zu erklären. Auch über das Begnadigungsrecht sind derartige Untersuchungen angestellt worden. Die hier vertretenen Meinungen stehen sich schroff gegenüber und man hat in den Begnadigungsakten sowohl Handlungen der richterlichen der gesetzgebenden als auch der regierenden Gewalt erkennen wollen. Diese verschiedenen Ansichten sind auch für die Beantwortung der Frage, ob die sichernden Maßnahmen durch einen Gnadenakt aufgehoben werden können, von Bedeutung.

a) Die Begnadigung ist kein Akt der Rechtsprechung.

Nach einer namentlich in der älteren Literatur vertretenen Ansicht ist die Begnadigung ein Akt der Rechtsprechung.[53]) Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist schon oft nachgewiesen worden. Die Begnadigung erfolgt nach dieser Meinung in der Weise, daß das auf Strafe lautende Urteil durch einen von einer höheren Stelle im Staate gefällten Richterspruch aufgehoben und durch ein freisprechendes oder auf eine geringere Strafe lautendes Urteil ersetzt würde. Wäre diese Ansicht richtig, so müßte sich die Aufhebung auf das ganze Strafurteil erstrecken. Es könnte dann auch die Anordnung von sichernden Maßnahmen ebenso wie die Verurteilung zu einer Strafe im Wege der Gnade aufgehoben werden. Gegen die Auffassung der Begnadigung als Akt der Rechtsprechung bestehen erhebliche Bedenken. Die richterliche Gewalt wird nach § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Richter ausgeübt. Die Träger des Begnadigungsrechts, der Reichspräsident und die Landesregierungen sind nicht Richter im Sinne dieses Gesetzes, sie sind es ebensowenig wie früher der Kaiser und die Landesherrn.[54]) Die Begnadigung steht vielmehr nach Laband[55]) der Schuld- und Rechtsfrage völlig unabhängig gegenüber. Laband weist hier darauf hin, daß von dem Begnadigungsrecht gerade in den Fällen Gebrauch gemacht wird, in denen das ergangene Urteil durchaus dem formellen Rechte entspricht, aber die vom Richter ausgesprochene Strafe bezw. die für den Täter schon aus der Durchführung des Strafverfahrens zu erwartenden Nachteile nicht im richtigen Verhältnisse zur Schuld stehen, der Gnadenakt in einem solchen Falle gerade das Gegenteil eines richterlichen Urteils ist. Nicht die Aufhebung, sondern der Vollzug ist Gegenstand der Gnade.[56]) Das gerichtliche Urteil bleibt bestehen. Es kann noch zur Begründung des Rückfalls dienen (§ 244 StGB. Rückfalldiebstahl), kann nach ausdrücklicher Vorschrift des § 255 auch dann angewendet werden, wenn die früheren Strafen ganz oder teilweise erlassen worden

53) v. Rönne, § 108, Loeb, S. 9.
54) Elsas, S. 29.
55) Kaskel, S. 30.
56) Kaskel, a.a.O.

sind.[57]) Nach § 190 gilt der Beweis der Wahrheit für eine behauptete oder verbreitete Tatsache, die eine strafbare Handlung ist, auch dann als erbracht, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist, ihm aber die Strafe im Wege der Gnade erlassen worden ist. Wenn ein Disziplinargesetz eine Bestimmung enthält, daß ein Beamter, der vom Strafrichter wegen einer ehrenrührigen Handlung verurteilt worden ist, seines Amtes zu entsetzen ist, so muß der Disziplinarrichter trotz der Begnadigung auf Dienstentlassung erkennen.[58])

b) Die Begnadigung ist kein Akt der Gesetzgebung.

Zu ähnlichen unhaltbaren Schlußfolgerungen führt die früher ebenfalls von vielen vertretene Ansicht, daß die Begnadigung ein Akt der Gesetzgebung sei, ein Spezialgesetz, durch welches der Träger des Begnadigungsrechts das allgemein gültige Strafgesetz für den einzelnen Fall aufhebe und zugleich anstelle der allgemeinen Strafbestimmung eine neue setze, wodurch für den betreffenden Fall die Strafbarkeit aufgehoben oder herabgemindert werde.[59]) Es wird z. B. für Mord(§ 211 StGB.) anstelle der Todesstrafe eine lebenslängliche Zuchthausstrafe festgesetzt. Wenn diese Ansicht richtig wäre, so müßte der Inhaber des Begnadigungsrechts ebenso wie die Bestimmungen über die Verhängung von Strafen auch die Bestimmungen über die sichernden Maßnahmen aufheben können, da derjenige, welcher die Macht zur Gesetzgebung hat, die Gesetze niemals nur zum Teil, sondern immer in vollem Umfange aufheben kann. Die Meinung, daß die Begnadigung ein Akt der Gesetzgebung bedeute, ist schon von Carpzow vertreten worden (Carpzow, Prakt. nov. qu. 50 u. 15). Man unterscheidet unter den Gesetzen materielle und formelle Gesetze. Ein Gesetz im materiellen Sinne enthält die Aufstellung eines allgemein geltenden Rechtssatzes. Ein solcher allgemeine Rechtssatz läßt sich bei der Begnadigung nicht nachweisen. „Die Begnadigung läßt vielmehr die bestehenden Rechtsregeln völlig unberührt, sie verändert vielmehr nur eine einzelne Kon-

[57]) Laband, Bd. III, S. 566, vgl. Fritschen, S. 20.
[58]) Brand, S. 346 Anm. 7 zu § 75 des Reichsbeamtengesetzes.
[59]) Haelschner, S. 430, Loeb, S. 8 ff.; Plochmann, S. 40; Heinze, S. 633; Seuffert, S. 149.

sequenz, zu welcher die Rechtssätze in dem einzelnen Falle führen."[60]) Auch als formelles Gesetz kann die Begnadigung nicht angesehen werden. Ein formelles Gesetz ist ein Staatsakt, welcher in Form eines Gesetzes ergeht, in Wirklichkeit aber einen ganz anderen Inhalt hat. Die Bestimmungen in vielen deutschen Verfassungen, daß für eine Niederschlagung eines schwebenden Strafverfahrens und für allgemeine Straferlasse ein Gesetz erforderlich ist, beweisen damit, daß die Begnadigung an und für sich nicht in Form eines Gesetzes ergeht und daß die Meinung, die Begnadigung sei ein Akt der Gesetzgebung, das Wesen der Sache nicht trifft.

Wenn die Begnadigung ein Akt der Gesetzgebung wäre, so müßte der Inhaber des Begnadigungsrechts das Recht zur Gesetzgebung haben. Die Träger des Begnadigungsrechts sind nach dem heutigen Strafrecht für das Reich der Reichspräsident (Art. 49 R. V.) und für die Länder die Regierungen bezw. die Ministerien und Staatspräsidenten. Diesen steht nur in Ausnahmefällen ein Gesetzgebungsrecht zu, zur Beseitigung von Notständen (Art. 48 R. V.). Im allgemeinen haben der Reichspräsident und die übrigen Träger des Begnadigungsrechts nur die vom Reichstag bezw. von den Volksvertretungen beschlossenen Gesetze zu verkünden und zur Ausführung zu bringen. Der Reichspräsident und die Landesregierungen berufen sich bei der Ausübung des Notverordnungsrechts regelmäßig auf die sie hierzu ermächtigenden Verfassungsbestimmungen; das geschieht jedoch niemals bei einer Begnadigung. Die Begnadigung erfolgt von den Fällen der Abolition und der Amnestie abgesehen niemals in Form eines Gesetzes. Die Gesetze müssen sowohl im Reich als auch in den Ländern nach den Bestimmungen der Verfassung, die zwingende Rechte sind, im Gesetzblatt veröffentlicht werden.[61]) Dies geschieht aber nicht bei einer Begnadigung. Die Begnadigung wird vielmehr außer dem Verurteilten nur der Staatsanwaltschaft und den mit der Strafvollstreckung beauftragten Behörden bekannt gemacht. Eine öffentliche Bekanntmachung ist für das Wirksamwerden der Begnadigung niemals erforderlich. Die Begnadigung erfolgt, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in Deutschland durch Organe der

[60]) Laband, Bd. III, S. 506.
[61]) Davidsohn, S. 30.

Länder. Wäre die Begnadigung ein Akt der Gesetzgebung, so könnte sie nur eine Art der Landesgesetzgebung sein. Durch ein Landesgesetz kann aber niemals ein Reichsgesetz aufgehoben werden.[62]) Es könnten dann die Länder bei allen Verstößen gegen eine Bestimmung des Strafgesetzbuches niemals Gnade erteilen. Die Auffassung, daß die Begnadigung eine lex spezialis sei, wird daher heute allgemein abgelehnt.[63])

c) Die Gnade ist kein Akt der Gesetzgebung und der Rechtsprechung zugleich.

Die Begnadigung kann auch nicht ein Akt der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt zugleich sein wie Plochmann[64]) und Loeb[65]) meinen. Dagegen sprechen alle oben angeführten Gründe,[66]) nach denen die Begnadigung weder ein Akt der Gesetzgebung noch der Rechtsprechung ist. Ich halte einen Staatsakt, der zugleich Akt der Gesetzgebung und der Rechtsprechung ist, für begrifflich unmöglich, da die Rechtsprechung die Anwendung eines Gesetzes ist, der Gesetzgebungsakt also zeitlich früher liegen muß. Ein solcher Staatsakt läßt sich nur schwer dem System der trias politica einreihen. Diese eigentümliche Ansicht ist daher ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

d) Die Begnadigung ein Verwaltungsakt.

Das Begnadigungsrecht ist also weder ein Akt der richterlichen noch der gesetzgebenden Gewalt. Die Begnadigung ist vielmehr ein Akt der Verwaltung. Dies ergibt sich schon durch den Gegenschluß aus der Tatsache, daß sie weder richterliche noch gesetzgebende Gewalt ist. Auch entspricht sie dem Wesen eines Verwaltungsaktes, da die die Begnadigung ausübenden Staatsorgane sich bei der Erteilung der Begnadigung wie bei anderen Verwaltungsakten von Zweckmäßigkeitserwägungen leiten lassen. Eine gesetzliche Notwendigkeit der Begnadigung ist mit ihrem Wesen unvereinbar. Das zur Be-

62) Binding, Handbuch, S. 82 Anm. 7; Adolph, S. 24; Wenger, S. 16; Laband, III, S. 506.
63) Elsas, S. 21 ff.
64) Plochmann, S. 76.
65) Loeb, S. 7.
66) Elsas, S. 26; Wenger, S. 17; Graebert, S. 20.

gnadigung berufene Staatsorgan handelt nach freiem Ermessen.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß die Begnadigung ein Akt der Verwaltung ist. Diese Meinung wird auch von der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten.[67]) Da das Begnadigungsrecht der höchsten Stelle des Staates zusteht, die die Funktionen der einzelnen Gewalten zu überwachen hat, ist dieser Verwaltungsakt eigentlich ein Akt der Regierung. Soweit das Gnadenrecht durch das oberste Staatsorgan (Kaiser, Landesherr, Präsident) ohne Mitwirkung der Volksvertretung ausgeübt wird, bedarf der Gnadenakt als Regierungsakt der Gegenzeichnung des verantwortlichen Ministers.[68])

Der Inhalt des Verwaltungsakts.

e) Die Begnadigung ist weder Befehl noch Aufhebung einer Strafpflicht, sondern ein Verzicht, der sich nicht nur auf das Strafvollstreckungsrecht sondern auf den Strafanspruch des Staates erstreckt.

Der Streit geht heute hauptsächlich darum, welchen Inhalt dieser Regierungsakt hat. Es werden hier zwei Meinungen vertreten: nach der einen ist die Begnadigung ein Befehl - ein Befehl contra legem - (Befehlstheorie), während sie nach der anderen einen Verzicht bedeutet. Vertreten wird die Befehlstheorie von Laband. Nach ihm[69]) ist die Begnadigung ein Befehl. „Die Niederschlagung (eines Strafverfahrens) ist ein Befehl. Die Begnadigung im engeren Sinne ist der Befehl, daß eine Strafe nicht vollstreckt oder durch eine mildere Strafe ersetzt werden soll." Ein Befehl, daß eine Strafe nicht vollstreckt werden soll, kann sich nicht auf Maßnahmen beziehen, welche nicht unter den Begriff der Strafe fallen, also auch nicht auf sichernde Maßnahmen. Die Begnadigung im engeren Sinne kann, wenn man der Ansicht Labands folgt, nicht zur Aufhebung der sichernden Maßnahmen dienen. Zweifel kann man nur bei der Niederschlagung haben, da die sichernden

67) Elsas, S. 26; Wenger, S. 17; Davidsohn, S. 31; Graebert, S. 20.
68) v. Hippel, II, S. 579; Loening, in DJZ. 1, 249; Laband, III, S. 489; Anschütz, Art. 49, 1.
69) Laband, Staatsrecht, III, S. 507, ebenso Löwe-Rosenberg, S. 966.

Maßnahmen im Strafverfahren verhängt werden. Auf die Folgen der Niederschlagung auf die Verhängung der sichernden Maßnahmen soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

Es ist zwar richtig, daß die Begnadigung meistens in Form eines Befehls erfolgt. Der Träger des Begnadigungsrechts erteilt der Strafvollstreckungsbehörde Kraft seines Imperiums den Befehl, die Strafvollstreckung einzustellen. Dieses ist aber nicht der eigentliche Inhalt der Begnadigung, sondern nur ihre äußere Form. Dies ist auch die Ansicht des Reichsgerichts, welches ausführt, daß die Auffassung der Begnadigung als Befehl zu sehr an der äußeren Form hafte.[70]) Gegen die Auffassung, daß die Begnadigung inhaltlich einen Befehl bedeute, spricht auch die Form, in der in der Praxis von dem Begnadigungsrecht Gebrauch gemacht wird. Es wird zunächst die Begnadigung als solche verfügt. Der Befehl an die nachgeordneten Stellen, das Notwendige zu veranlassen und gegebenenfalls den in Haft befindlichen Verurteilten zu entlassen, erfolgt später. Die Begnadigung erscheint hier nur als causa des Entlassungsbefehls. Heimberger[71]) verweist gegenüber Laband auf § 163 (jetzt § 161) der Strafprozeßordnung, wonach eine Freiheitsstrafe unter 6 Wochen in dem Lande zu vollstrecken ist, in dem der Verurteilte sich befindet. Da die Strafvollstreckungsbehörden in einem solchen Falle der Befehlsgewalt des Staates, in dem die Begnadigung ausgesprochen worden ist, nicht unterworfen sind, so müßte die Strafe trotz der Begnadigung vollstreckt werden.

Die Begnadigung braucht auch nicht in Form eines Befehls zu erfolgen. Es genügt vielmehr einfache Mitteilung des zur Begnadigung befugten Staatsorgans an die Staatsanwaltschaft oder die Strafvollstreckungsbehörde, daß das Verfahren niedergeschlagen oder die Begnadigung erfolgt sei, um die Begnadigung wirksam werden zu lassen.[72])

Im Gegensatz zu der Befehlstheorie steht die Verzichtstheorie. Nach ihr bedeutet die Begnadigung einen Verzicht des Staates auf sein Strafrecht. Die Verzichtstheorie wird in zwei voneinander abweichenden Formen vertreten. Nach der von den meisten Schriftstellern bisher vertretenen Ansicht ist

[70]) RGSt. 33, S. 204 ff.
[71]) Heimberger, S. 11.
[72]) Fritschen, S. 28.

die Begnadigung ein Verzicht des Staates auf seinen Strafanspruch. Diese Lehre setzt voraus, daß dem Staate durch die strafbare Handlung ein Strafanspruch erwächst. Die Entstehung eines Strafanspruches durch die Begehung eines Verbrechens wird von Goldschmidt[73]) geleugnet. Heiman zieht aus dieser These Goldschmidts die Folgerung, daß die Begnadigung nicht einen Verzicht des Staates auf seinen Strafanspruch bedeute, sondern auf das Strafverfolgungsrecht und das Strafvollstreckungsrecht.[74])

Bevor wir jedoch auf die Frage eingehen, welcher Art der Verzicht des Staates bei der Begnadigung sei, müssen wir zunächst auf einige Einwendungen eingehen, welche gegen die Verzichtstheorie als solche erhoben werden. Gegen die Verzichtstheorie als solche wird geltend gemacht, daß der Staat die Pflicht habe, die Verbrechen zu bestrafen. Man braucht sich hier nicht wie Binding[75]) darauf zu benutzen, daß das Strafurteil sowohl den Angeklagten zur Duldung der Vollstreckung als auch den Staat zur Vollziehung der Strafe verurteile. Man braucht hier nur kurz auf den Zweck des Staates zurückzugehen. Der Staat ist ein künstliches Gebilde und ein Produkt von Bedürfnissen der Gesellschaft; die Gesellschaft hat sich den Staat geschaffen, damit er ihren Zwecken diene. Es erteilt die Gesellschaft dem Staate nur die Befugnisse, um seine Aufgabe zu erfüllen. Aus diesem Grunde ist dem Staate jedes seiner Rechte also zur geeigneten Ausübung als Pflicht verliehen.[76]) Gerland,[77]) der die Begnadigung als Erledigungserklärung auffaßt, macht gegen die Verzichtstheorie geltend, daß von einem Verzicht auf andere wie auf einen staatlichen Strafanspruch liegende Rechtsgebiete nicht die Rede sein könne, in dem die Pflicht der erste Grundbegriff sei. Nach Gerland haben wir unter der Begnadigung „eine Regierungshandlung zu verstehen, durch die ein verfassungsmäßiges Staatsorgan die nach Maßgabe der Straf- und Prozeßgesetze für bestimmte andere Staatsorgane begründete konkrete staatliche Strafpflicht aufhebt." Die Begnadigung ist nach Gerland der Form nach ein Verwaltungsbefehl, inhaltlich aber eine Erledigungserklärung.

73) Goldschmidt, S. 112.
74) Heiman, S. 10.
75) Binding, S. 196.
76) Heiman, S. 13.
77) Gerland, Handwörterbuch, Bd. I, S. 571.

Die Auffassung, daß die Begnadigung immer ein Befehl sein müsse, ist, wie wir oben dargelegt haben, unhaltbar. Aber auch die Gerland'sche Erklärung des Inhalts des Begnadigungsrechts erscheint unbefriedigend. Diese Erklärung erscheint zu allgemein gehalten. Es wird durch die Begnadigung zwar die Bestrafung als solche erledigt, nicht aber deren Rechtswirkungen, da die Bestrafung ja noch zur Begründung des Rückfalls herangezogen werden kann. Die „Erledigungserklärung" ist ebenso wie die Formulierung Stammlers, der die Begnadigung einfach als besonderen Akt des dazu Berechtigten auffaßt,[78]) als fast inhaltsleer und jedenfalls auf sonstige Handlungen des Rechtslebens ebenfalls anwendbar.[79]) Wenn Gerland meint, daß die Begnadigung einfach das Recht bestimmter Staatsorgane sei, die Strafpflicht anderer Staatsorgane aufzuheben, so tritt dabei die Tatsache, daß der Staat ein einheitliches Gebilde ist, zu sehr in den Hintergrund.

In seinem Bestreben, die Verzichtstheorie unter Berufung auf die staatliche Strafpflicht zu bekämpfen, wird Gerland von Laband[80]) unterstützt. Gegenüber Laband verweist Heimberger[81]) darauf, daß in einem Rechtsgebiete, in welchem das Begnadigungsrecht in Geltung sei, es eigentlich überhaupt keine staatliche Pflicht, zu strafen, gebe, denn eine Pflicht, von der sich der Verpflichtete nach Gutdünken befreien könne, sei keine Rechtspflicht. Werde die Pflicht, zu strafen, im einzelnen Falle aufgehoben, so könne nicht umgekehrt, das Fehlen der Strafpflicht wieder die Zulässigkeit der Begnadigung begründen. Gegen Laband wendet sich Heiman[82]) darauf, daß der Staat ein künstliches Gebilde ist und keine anderen als die ihm eingepflanzten Interessen hat. Die Lösbarkeit seiner durch Gesetz oder Staatsvertrag begründeten Verpflichtung nach Gutdünken würde also nach Heiman nicht die Gefahr sofortiger und beständiger Pflichtbefreiung herbeiführen. Die Pflicht bleibt nach Heiman auch dann bestehen, wenn sich der Staat aus gutem Grunde und bei geeigneter Gelegenheit entlastet. Eine derartige Pflicht, von der sich der Staat nach eigenem Gutdünken befreien kann, ist nach ihm kein Schein,

78) Stammler, Rechtsphilosophie, § 153.
79) Heiman, S. 8.
80) Laband, III, S. 507, N. 2.
81) Heimberger, S. 10.
82) Heiman, S. 19.

sondern eine als Pflicht empfundene Bindung. Die Auffassung Labands und namentlich Gerlands beruht auf einer Ueberspannung der staatlichen Strafpflicht. Der Staat ist keineswegs verpflichtet, sämtliche Handlungen, welche rechtswidrig sind und den Staatsbürgern Schaden zufügen können, mit Strafe zu bedrohen. Der Staat hat zwar die Pflicht, durch Bestrafung der Verbrechen die Rechtsordnung zu schützen. Ob er einen bestimmten Tatbestand mit Strafe bedrohen will, ist Sache seiner Strafrechtspolitik und seines pflichtgemäßen Ermessens. Auch die Vollziehung der rechtskräftig festgesetzten Strafen steht unter denselben Grundsätzen. Der Staat ist nicht verpflichtet, sämtliche von den Gerichten festgesetzten Strafen zu vollstrecken. Es genügt, wenn sie in dem Umfange vollstreckt werden, daß die Staatsautorität und die Rechtsordnung gewahrt bleiben. Die Strafpflicht ist keineswegs eine absolute, sie enthält vielmehr eine clausula rebus sic stantibus, mit der sie den Bedürfnissen des Lebens angepaßt werden kann. Der Staat verletzt also nicht seine Pflicht, wenn er in einem einzelnen Falle die Bestrafung eines Verbrechens unterläßt, zumal, wie wir oben gesehen haben, beim Staat die Pflicht als solche trotz der Selbstbefreiung im einzelnen Falle bestehen bleibt.

Wenden wir uns jetzt wieder zu der Auseinandersetzung zwischen den beiden Formen der Verzichtstheorie. Nach Goldschmidt[83]) entsteht durch das Verbrechen kein Strafanspruch des Staates. Es besteht nach Goldschmidt nur ein konkretes Recht der Strafjustiz (des Strafrichters) zur Strafverfolgung und zur Strafvollstreckung selbst.[84]) Die Begnadigung bedeutet nach ihm den Verzicht auf diese Rechte. Daß sie dieses Strafrecht ausübe, nicht aber, daß sie es ihm oder einem Dritten zuspreche, fordert nach Goldschmidt der Anklageberechtigte von der Strafjustiz. Das Recht der Strafjustiz ist nach Goldschmidt ein materielles Recht, dessen Subjekt der Richter ist. Die Staatsanwaltschaft ist nach ihm bei der Strafvollstreckung nur der Arm des in Wahrheit alleinstrafberechtigten Gerichts. Die Lehre vom Strafanspruch erklärt Goldschmidt für Schall und Rauch.

Der Strafanspruch des Staates ist nicht ein Anspruch, wie er z. B. im bürgerlichen Recht vorkommt. Der Strafanspruch

[83]) Goldschmidt, a.a.O.
[84]) Goldschmidt, S. 119.

geht vielmehr dahin, daß der Täter ein beabsichtigtes Uebel erleide. Es bedeutet den Zustand, daß die den Staat vertretende öffentliche Gewalt zu eigenem Nutzen ein Uebel auferlegen darf, das grundsätzlich einen Gegenwert des schuldhaften Verhaltens darstellt.

Das von Goldschmidt behauptete konkrete Recht des Staates besteht nicht. Wenn man das Bestehen eines materiellen Rechts der Strafjustiz annähme, so müßte der Strafrichter grundsätzlich von sich aus die Verfolgung aufnehmen können, daß sie den Täter verfolge. Das Gericht kann aber niemals kraft eigenen Rechts die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der öffentlichen Klage zwingen. Die Staatsanwaltschaft ist nur im Falle des § 175 StPO. auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung zur Erhebung der öffentlichen Klage verpflichtet. Diese ergeht aber immer nur auf Grund einer Klage des Verletzten. Im Privatklageverfahren wird dem Richter sein Gestaltungsrecht durch die nach § 391 StPO. zulässige Zurücknahme der Privatklage entzogen.[86])

Für die Behauptung, daß die Staatsanwaltschaft nur der Arm des in Wahrheit allein strafberechtigten Gerichts sei, hat Goldschmidt einen schlüssigen Beweis nicht erbringen können. Die Strafvollstreckung hat nach § 451 StPO. stets nur durch die Staatsanwaltschaft zu erfolgen, die Amtsrichter sind an sich nicht zuständig, sondern nach § 451 nur dann, wenn ihnen die Strafvollstreckung von der Landesjustizverwaltung übertragen worden ist. Wird das Urteil vom Reichsgericht aufgehoben und die Sache an ein anderes Landgericht verwiesen, so ist die Vollstreckung nicht Sache der bei diesem Landgericht bestehenden Staatsanwaltschaft, sondern es bleibt die Staatsanwaltschaft desjenigen Gerichts zuständig, dessen Urteil aufgehoben ist.[87])

Daß die Strafbarkeit einer Handlung gegenüber dem Verurteilungsrecht einen selbständigen Charakter trägt, ergibt sich nach Beling[88]) daraus, daß der Richter zuweilen gezwungen ist, die Strafbarkeit festzustellen, ohne verurteilen zu können. Es muß, wie Beling hervorhebt, um den A wegen Beihilfe an der Tat des flüchtigen B verurteilen zu können, die

---

[85]) Köhler, S. 24.
[86]) Köhler, S. 25, Anm. 1.
[87]) Dalcke, Anm. 76 zu § 451 StrPO.
[88]) Beling, Reichsstrafprozeßrecht, S. 7 ff. und S. 5, Anm. 1.

Strafbarkeit der Tat des A festgestellt werden, ohne daß der Richter das Recht hat, den abwesenden A zu verurteilen. Beling führt aus, daß ein Deutscher, der im Auslande eine Handlung begangen habe, welche nach den Gesetzen des Deutschen Reiches als Verbrechen oder Vergehen anzusehen ist und die Tat durch die Gesetze des Orts der Begehung mit Strafe bedroht ist, er nach § 4 Abs. 3 StGB. deswegen von einem deutschen Strafrichter zur Verantwortung gezogen werden kann. Er könne ihn aber nur verurteilen, wenn der Täter in das Inland zurückgekehrt sei. Wenn dem Täter aber vor dem Beginn der Verfolgungsmöglichkeit von der ausländischen Staatsgewalt die Strafe erlassen worden sei, so habe für den deutschen Strafrichter niemals das Recht zur Verurteilung bestanden.

Köhler[89]) weist darauf hin, daß in der Regel nur aus einem Strafanspruch (§ 40) ein Einziehungsanspruch (§ 42) entstehen kann. Dieser setzt nicht voraus, daß in irgend einem Augenblick ein Recht zur Strafverfolgung vorhanden war; die Selbständigkeit des Strafgerichts gegenüber dem Vollstreckungsanspruch ergibt sich nach Köhler aus der oben erwähnten Bestimmung, daß nach § 162 StPO. eine Freiheitsstrafe unter 6 Wochen in dem Lande des Aufenthaltsorts vollstreckt werden muß. Die bayerische Staatsanwaltschaft ist doch sicher nicht der Arm eines preußischen Gerichts. Das Vollstreckungsrecht ist hier ausschließlich Sache des bayerischen Staates, dem dieses Recht nach § 162 StPO. zusteht.

Wenn Goldschmidt eine doppelte Rechtsordnung behauptet, und das Prozeßrecht als „Richterrecht" vom Gesetzesrecht abweicht, so bedeutet dies ein unlösbares Rätsel.[90]) Gegenüber Goldschmidt verweist Köhler ferner auf die Tatsache, daß die Zahlung einer Geldstrafe niemals dem Strafrichter geschuldet wird.[91])

Wenn Heiman[92]) die Lehre vom Strafanspruch damit zu widerlegen sucht, daß sie nicht zu klären vermöge, warum das Begnadigungsrecht stets dem Staate zugeteilt sei, der in der Sache zum Urteil berufen war, so ist darauf hinzuweisen, daß diese Einrichtung ein Ueberbleibsel

---

89) Köhler, S. 25, Anm. 1; Dörr, S. 140.
90) Beling, Reichsstrafprozeßrecht, S. 5, Anm. 1.
91) Köhler, a.a.O.
92) Heiman, S. 10.

des früher in dem größten Teile Deutschlands herrschenden Inquisitionsprozesses ist, bei dem es eine besondere Anklagebehörde eben nicht gab. In dieser Zeit konnte natürlich das Begnadigungsrecht nur demjenigen Staate zustehen, dessen Gericht in der Sache geurteilt hatte. Als später der Anklageprozeß wieder eingeführt wurde, ist man bei der Anschauung geblieben, daß die Tatsache, daß ein Gericht eines Staates in einer Strafsache geurteilt habe, auch die Zuständigkeit dieses Staates zur Begnadigung begründe. Eigentlich müßte richtiger die Zuständigkeit damit begründet werden, daß die Staatsanwaltschaft des betreffenden Staates die Anklage erhoben hat, da eigentlich die Staatsanwaltschaft zur Verfügung über den Strafanspruch des Staates berufen ist. Die Zuständigkeit des Staates, dessen Gericht in der Sache geurteilt hat, zur Begnadigung beruht auf altem Gewohnheitsrecht. Man ist um so eher bei der früheren Auffassung geblieben, als überall in Deutschland bei den Landgerichten die Staatsanwaltschaft eine Behörde desselben Staates ist und daher eine Verschiebung der Zuständigkeit in Gnadensachen garnicht eintreten kann, indem man die Begnadigung dem Staat zuweist, dessen Staatsanwaltschaft die Anklage erhoben hat.

Heiman[93]) sucht die Lehre vom Strafanspruch durch den Einwand zu widerlegen, daß der Strafanspruch niemals anders als durch Geltendmachung im Prozesse verwirklicht werden könne. Ein Anspruch aber, der als solcher niemals erfüllbar sei, bestehe ebensowenig wie das Rechtsverhältnis, dem es zugedacht werde. Heiman übersieht m. E., daß der Staat an und für sich in der Lage ist, seine Rechte gegen den Rechtsbrecher geltend zu machen, ohne daß es eines gerichtlichen Verfahrens bedarf. Dies ist der ursprüngliche Rechtszustand.[94]) Der Staat hat das Verfahren in Strafsachen gesetzlich geregelt und dabei eine selbständige Geltendmachung ausgeschlossen, um die Freiheit der Staatsbürger sicherzustellen. Der Staat darf im heutigen Recht zwar grundsätzlich nicht mehr wie ein anderer Gläubiger freiwillige Unterverfügung seines Schuldners durch mehr oder minder sanften Druck zu erreichen suchen, da seine Uebermacht zu groß sein würde.[95])

[93]) Heiman, S. 9.
[94]) Rosenfeld, Reichsstrafprozeß, S. 32.
[95]) Rosenfeld, a.a.O.

Diese Selbstbeschränkung des Staates ist aber m. E. kein Grund, um das Bestehen seines Strafanspruchs zu leugnen, weil er nicht oder besser nicht mehr außergerichtlich geltend gemacht werden kann. Dieser Grundsatz ist im heutigen Recht nicht mit voller Schärfe durchgeführt. Eine Ausnahme bildet das Unterwerfungsverfahren bei Gefällsdelikten. Für das Unterwerfungsverfahren, welches schon nach früheren Steuergesetzen zulässig war, gilt heute § 445 (früher § 410) der Reichsabgabenordnung in Verbindung mit der Verordnung des Reichsministers der Finanzen vom 1. 2. 1921 (RGBl. S. 1328). Im Unterwerfungsverfahren, in dem ein Zwang nicht zulässig ist, nimmt der Beschuldigte eine Strafe unter ausdrücklichem Verzicht auf jedes Rechtsmittel auf sich.

Daß die Begnadigung wirklich ein Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch ist, ergibt sich vor allem aus der historischen Entwicklung des Begnadigungsrechts. Das Strafrecht war in Deutschland ursprünglich das Recht des zur Rache Berechtigten. Später wurden mit dem Erstarken der Staatsgewalt für die einzelnen Delikte feste Bußen (Kompositionen) festgesetzt. Wollte der Verletzte seine Rechte gerichtlich geltend machen - die Verfolgung des Rechtsbrechers war, von wenigen Fällen, in denen sich das Verbrechen gegen den Staat oder den König richtete, abgesehen, ausschließlich Sache des Verletzten - , so konnte er eine Bestrafung nur in der Form erreichen, daß der Rechtsbrecher zur Zahlung der compositio verurteilt wurde. Da die Strafe in der Zahlung der compositio bestand, konnte eine Begnadigung nur in Form des Erlasses der compositio oder in dem Verzicht auf das Racherecht erfolgen. Der Verbrecher mußte sich mit dem Verletzten und seiner Sippe aussöhnen. Die Entwicklung des Begnadigungsrechts aus dem alten Kompositionensystem ist von Loening[96]) in seinen mit zahlreichen Urkunden belegten Ausführungen nachgewiesen worden. Da die Verfolgung der Verbrecher zu unbefriedigenden Ergebnissen führte, hat sich der Staat als Subjekt des Strafklagerechts in den Prozeß eingeschoben. Daß das Begnadigungsrecht des Staates aus einem ursprünglichen privaten Recht zum Verzicht auf das Sühne-Geld hervorgegangen ist, ergibt sich daraus, daß eine Begnadigung noch lange Zeit nach der Uebernahme der Verfolgung durch die

[96]) Loening, S. 187 ff. und S. 534 ff.

Organe des Staates nur mit Zustimmung des Verletzten erfolgen konnte. Diese Entwicklung zeigt sich noch darin, daß nach § 247 des Braunschweigischen Strafgesetzbuchs al 4[97]) bei Ehrenkränkungen dem Beleidigten das Recht verblieb, die Strafe ganz oder teilweise zu erlassen.

Das englische Recht schließt daher die Begnadigung aus, wenn die Strafe Privatgenugtuung des Verbrechers ist.[98]) Auch Heiman[99]) kann sich nicht ganz von der Verzichtstheorie freimachen. Er erblickt nämlich in der Begnadigung ein Aufgeben einer dem Staate verliehenen Rechtsmacht. Der Verzichtstheorie hat sich auch das Reichsgericht[100]) angeschlossen, indem es ausführt, daß die Niederschlagung eines Strafverfahrens den Verzicht auf die aus einer Tat erwachsenen Strafansprüche und deren Geltendmachung bedeute. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Begnadigung ein Regierungsakt des Staates ist, durch welchen er auf den ihm durch das Verbrechen entstandenen Strafanspruch verzichtet.[101])

III. Die Erscheinungsformen des Begnadigungsrechts.

a) Die Begnadigung im engeren Sinne.

Im deutschen Rechte kennen wir das Begnadigungsrecht in mehreren Erscheinungsformen. Wenn man von dem Begnadigungsrecht spricht, so meint man damit gewöhnlich die Begnadigung im engeren Sinne. Dies ist diejenige Art der Begnadigung, welche gewährt wird, wenn das Verfahren gegen den Angeklagten durch eine rechtskräftige Entscheidung erledigt worden ist. Hierdurch unterscheidet sie sich von der Abolition, welche nur solange möglich ist, als das Strafverfahren noch schwebt. Ist die Hauptstrafe verbüßt oder gezahlt, so nennt man die Begnadigung, welche gewährt wird,

97) Zit. bei Binding, S. 873.

98) Vgl. Backstone, Handb. des engl. Rechts, Bd. IV, Kap. 26, zit. bei Rönne, S. 221, A. 3.

99) Heiman, S. 9 ff., S. 14 ff., vgl. darüber Eberhardt Schmidt, S. 567, Anm. 21.

100) RG. 50, S. 386, 392.

101) Adolph, S. 42 ff., Kaskel, S. 34, Rosenfeld, Reichsstrafprozeß, S. 32, Jellinek, S. 215, v. Liszt-Schmidt, a.a.O., Davidsohn, S. 27, Graebert, S. 7, Meyer-Allfeld, S. 311, Elsas, S. 93, Beling, Reichsstrafprozeß, S. 522, Grau und Schaefer, S. 50.

um die Nebenstrafen, die Rechtswirkungen und Folgen der Bestrafung zu beseitigen, Rehabilitation. Weitere Formen, in denen von dem Begnadigungsrecht Gebrauch gemacht wird, ist die Amnestie und nach einigen auch die Straffreiheitserklärung. Diese Arten der Anwendung der Gnade werden von der Wissenschaft gewöhnlich unter dem Oberbegriff der Begnadigung zusammengefaßt. Wenden wir uns zunächst der Begnadigung im engeren Sinne zu. Sie wird meistens als der Verzicht des Staates auf den rechtskräftig festgestellten Strafanspruch aufgefaßt. Sie bedeutet den vollständigen (adgratiatio plena) oder teilweisen Erlaß (adgratiatio minus plena) der erkannten Strafe. Sie kann auch darin bestehen, daß eine Strafe in eine der Art nach mildere umgewandelt wird, z. B. Todesstrafe in eine Zuchthausstrafe oder eine Zuchthausstrafe in Gefängnis, eine Gefängnisstrafe in Geld- oder Haftstrafe.

Als Verzicht auf den Strafanspruch enthält die Begnadigung freilich auch einen Verzicht auf den Strafvollstreckungsanspruch[102]) oder auf das Strafvollstreckungsrecht,[103]) wie einige wollen. Der Verzicht auf diese Rechte erscheint hier nur als eine Folgerung des Verzichts auf den Strafanspruch. Der Staat verzichtet hier auf den Strafanspruch als solchen. Wenn der Staat nur auf den Strafvollstreckungsanspruch oder das Vollstreckungsrecht verzichten wollte, so bliebe für den Staat nur ein Recht zurück, welches er überhaupt nicht geltend machen kann. Ein solches Recht ist für den Staat überflüssig und zwecklos. Der Staat kann aber als künstliches Gebilde[105]) nur solche Rechte haben, welche den Zwecken seiner Schöpferin, der Gesellschaft dienen können. Es ist daher auch die Ansicht von Anschütz,[104]) nach der das Begnadigungsrecht nur ein Verzicht der Staates auf das Strafvollstreckungsrecht ist, abzulehnen. Die Begnadigung im engeren Sinne ist somit, wie wir oben bereits erwähnt haben, der Verzicht des Staates auf den rechtskräftig festgestellten Strafanspruch.

b) Die Abolition.

Die Abolition bedeutet entweder das Verbot der Einleitung oder die Anordnung der Niederschlagung eines Strafver-

102) Anschütz, Anm. 1 zu § 49 R.V.
103) Heiman, S. 10; Adolph, S. 112.
104) Anschütz, a.a.O., Victor, S. 6.
105) Heiman, S. 10.

fahrens. Die Erteilung der Gnade in Form der Abolition ist in den Verfassungen der deutschen Länder mehrfach durch besondere Bestimmungen erschwert und entweder nur in Form eines Gesetzes zulässig (Preußen Art. 54 Abs. 3, Baden 316 Abs. 3) oder kann durch den Staatspräsidenten nur auf Vorschlag des Staatsministeriums erfolgen (Württemberg § 33); in Bayern ist jede Abolition nach der Verfassung verboten (§ 69 Abs. 6 Verf.). Auch die alte bayrische Verfassung (Tit. VIII, § 4) verbot die Niederschlagung.

Die Niederschlagung ist auch dann zulässig, wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Niederschlagung erfolgt, keine strafbare Handlung begangen hat, also ein Strafanspruch des Staates garnicht entstanden ist. Es ist möglich, daß in diesem Falle die Abolition zu Härten führt, da dem Unschuldigen die Möglichkeit genommen wird, sich zu rechtfertigen. Aber schon in der Befreiung von einem Strafverfahren mit den auch für den Unschuldigen unangenehmen Verhören, Durchsuchungen, Beschlagnahmen und der in aller Oeffentlichkeit zu führenden Hauptverhandlung liegt eine Vergünstigung. Es ist für den Unschuldigen angenehmer, wenn das Verfahren niedergeschlagen wird, als wenn er wegen Mangels an Beweisen freigesprochen wird. Es wird hier Aufgabe der Praxis sein, etwaige Härten zu vermeiden.

Das Bestehen eines Strafanspruchs ist nicht Voraussetzung für die Einleitung eines Strafverfahrens. Dies ist schon deshalb unmöglich, weil das Strafverfahren eben zur Feststellung eines etwa bestehenden Strafanspruchs dient. Es ist daher das Abolitionsrecht an und für sich auch nicht nur das Recht zum Verzicht auf den Strafanspruch, sondern auch auf das Strafverfolgungsrecht und Strafklagerecht. Nach der Verkündung der Abolition kann eine Prozeßhandlung, welche dem Fortgang des Prozesses dienen kann, nicht mehr durchgeführt werden. Eine etwa noch ergehende Prozeßhandlung des Gerichts oder der Parteien ist wirkungslos. Das Gericht kann nur noch durch Beschluß oder Formalurteil feststellen, daß das Verfahren niedergeschlagen worden ist.

Wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Strafverfolgung untersagt oder niedergeschlagen wird, tatsächlich ein Verbrechen begangen hat, so wird durch denselben Staatsakt, durch den die Abolition gewährt wird, auch auf die Fest-

stellung und Geltendmachung des durch das Verbrechen entstandenen Strafanspruchs verzichtet.[106]) Da das Bestehen eines Strafanspruchs nicht notwendig zur Erteilung der Abolition ist, erscheint dieser Verzicht als Begleiterscheinung des Verzichts auf das Strafklagerecht, und zwar als ein unselbständiger Verzicht. Dabei muß freilich berücksichtigt werden, daß die Niederschlagung in Wirklichkeit nur erfolgt, um auf einen etwa vorhandenen Strafanspruch zu verzichten. Ergibt sich im Verlaufe der Ermittlungen, daß der Beschuldete eine strafbare Handlung nicht begangen hat, so wird entweder das Verfahren eingestellt oder die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt. Keine Regierung wird in einem solchen Falle Abolition erteilen, wenn die Einstellung des Verfahrens aus einem anderen Grunde möglich ist. Da die Abolition möglicherweise ein Verzicht auf einen Strafanspruch ist, erscheint es eigentlich nicht angängig, die Abolition unter die oben gefundene allgemeine Definition des Begnadigungsrechtes zu bringen. Nur mit Rücksicht darauf, daß, von ganz wenigen Fällen abgesehen, in der Abolition tatsächlich auch ein Verzicht auf den Strafanspruch liegt (ein indirekter Verzicht, erscheint es gerechtfertigt, die Begnadigung allgemein als Verzicht auf den Strafanspruch des Staates aufzufassen.[107]) Nach Heimberger ist die Abolition ihrer rechtlichen Natur nach ein Strafaufhebungsgrund, wenn ein Verbrechen wirklich begangen worden ist, auf alle Fälle aber ein Prozeßhinderungsgrund.

c) Die Amnestie.

Die Amnestie ist Begnadigung in einer generell bezeichneten Vielheit von Fällen.[108]) Die Amnestie ist eine Generalbegnadigung. Wesentlich ist, daß eine Amnestie nicht einzelnen, sondern Gruppen von Delinquenten zugute kommt. Die Amnestie ist sowohl möglich in Form der Abolition als auch als Erlaß rechtskräftig erkannter Strafen. Gegenüber der Abolition und der Begnadigung im engeren Sinne enthält sie keine Besonderheiten. Nur ist nach der Reichsverfassung (Art. 49 II) und nach den meisten Verfassungen der deutschen Länder für den Erlaß einer Amnestie die Form eines Gesetzes erforderlich. Durch die Form eines Gesetzes wird an der Natur

106) Heimberger, Handwörterbuch, Bd. I, S. 20.
107) Heimberger, Strafrecht, S. 69.
108) Anschütz, Anm. 2 zu Art. 49 RV.

des Aktes nichts geändert, der auch im Gewande des Gesetzes das bleibt, was er von Natur aus ist.[109])

Reichsamnestien im Sinne des Art. 49 II R. V. können nur in dem Umfange ergehen, als das Reich das Recht zur Begnadigung hat, also nur dann, wenn das Reichsgericht in erster Instanz geurteilt hat oder in Sachen, in denen die Feld- oder Bordgerichte geurteilt haben, ferner bei Urteilen der Ausnahmegerichte auf Grund des Art. 48 RV., sowie in Steuersachen bei den Finanzämtern durch Strafbescheid oder im Unterwerfungsverfahren festgesetzten Strafen. In den Ländern ist der Erlaß der Amnestie nach der Verfassung meistens nur im Wege der Gesetzgebung oder unter Zustimmung der Volksvertretung möglich. In Preußen darf die Niederschlagung von Strafsachen nur auf Grund eines Gesetzes ausgesprochen werden.

d) Die Straffreiheitserklärung.

Neben den bereits erwähnten Arten des Begnadigungsrechts, der Begnadigung, der Abolition und der Amnestie erwähnen einige Schriftsteller[110]) die Straffreiheitserklärung. Bei der Straffreiheitserklärung handelt es sich nach der Ansicht derjenigen, welche sie als eine besondere Art der Begnadigung nachzuweisen versuchen, nicht um den Verzicht auf den Strafanspruch oder den Vollstreckungsanspruch oder auf die Einleitung von Fortsetzung eines Strafverfahrens, sondern um die Außerkraftsetzung eines Strafgesetzes, sei es für einzelne Fälle, sei es für eine unbeschränkte Vielzahl von solchen.[111]) Das Deutsche Reich hat mehrfach Gesetze über die Gewährung von Straffreiheit erlassen. Als Beispiel seien angeführt die Gesetze vom 4. August 1920 (RGBl. S. 1487) über die Gewährung von Straffreiheit, das Gesetz über Straffreiheit für politische Straftaten vom 21. Juli 1921 (RGBl. S. 559) und das Gesetz über die Londoner Konferenz vom 21. Juli 1924 (RGBl. S. 345). Die Kompetenz des Reiches zum Erlaß von Gesetzen stützt man nicht auf Art. 49 II R. V., sondern auf § 7 Ziffer 2, also auf die allgemeine Kompetenz des Reiches zum Erlaß und zur Aufhebung von Strafgesetzen. In dieser Kompetenz ist nach

109) Anschütz, a.a.O.; Giese im Handwörterbuch, Bd. I, S. 115.
110) Anschütz, Anm. 3 zu Art. 49 RV.
111) Poetsch-Hefter; Gebhard, Anm. 6 c zu Art. 49 RV., Victora, S. 8; Anschütz, a.a.O.

Anschütz das Recht des Reiches enthalten, bereits entstandene Strafansprüche sowohl allgemein als auch im Einzelfalle, und zwar auch dann, wenn sie den Ländern zustehen, zu vernichten oder zu vermindern. Ausgenommen sind nur die bereits rechtskräftig festgestellten Strafansprüche.

Anschütz beruft sich hier auf § 2 Abs. 2 StGB., wonach bei Verschiedenheit der Gesetze zur Zeit der Begehung einer strafbaren Handlung und zur Zeit der Aburteilung das mindere Gesetz anzuwenden ist.

Dieser Versuch, die Reichskompetenz in Gnadensachen unter Umgehung der Art. 49 RV. gezogenen Schranken, geht jedoch fehl.

In § 2 Abs. 2 StGB. ist nur der Fall geregelt, daß ein Strafgesetz generell aufgehoben oder gemildert wird. Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf die Fälle, in denen ein Strafgesetz für einen einzelnen Verbrechensfall oder nur für eine bestimmte Art von Straftaten aufgehoben wird. Wird ein Strafgesetz aufgehoben, so bleiben die in der Vergangenheit liegenden Fälle nach der herrschenden, auch vom Reichsgericht[112]) gebilligten Ansicht nur dann straflos, wenn die Aufhebung der Strafbarkeit einer geänderten Rechtsüberzeugung des Gesetzgebers entspricht. In den Fällen der Straffreiheitserklärung bleibt die Tat als solche verwerflich, da ja das Strafgesetz als solches weiter bestehen bleibt. Die Straffreiheitserklärung ist nur eine Uebersetzung des Fremdwortes Amnestie. Um Zweifel an dem verfassungsmäßigen Zustandekommen zu vermeiden, hat man die letzten Reichsgesetze über die Gewährung von Straffreiheit mit verfassungsändernder Mehrheit angenommen.

„Neue Befugnisse können dem Reiche durch die absichtliche oder unabsichtliche Verdeutschung des Wortes Amnestie nicht gegeben werden."[113]) Auf diesen Standpunkt stellte sich auch der Vertreter des preußischen Justizministeriums, indem er ausführte, daß die sog. Straffreiheitserklärungen nichts anderes seien als eine verkappte Amnestie.[114]) Treffend bemerkt das Reichsgericht, daß die Amnestie keine Aenderung oder Ergänzung des Strafgesetzes sei, sondern außerhalb dieses Gesetzes liege. Ihre Voraussetzungen ließen den Tatbestand

[112]) RGStr. 50, S. 398. Olshausen, § 2, Anm. 15.
[113]) von Hippel, Bd. II, S. 578.
[114]) Drucks. 1928, Nr. 98, Sp. 4, zitiert bei v. Hippel, Bd. II, S. 532.

der Straftat unberührt und beruhten nur in gewissen, in der Person des Täters vorhandenen Umständen.[115])

Die Gesetze des Reiches, welche seine Amnestiezuständigkeit erweitern, ohne mit der für verfassungsändernde Gesetze erforderlichen Zweidrittelmehrheit angenommen worden zu sein, sind daher als rechtsungültig zu bezeichnen.[116])

Da also die Straffreiheitserklärung keine besondere Art der Begnadigung bedeutet, brauchen wir auch nicht zu untersuchen, welche Wirkungen die Straffreiheitserklärung auf die Aufhebung der sichernden Maßnahmen haben kann. Es sei hier nur darauf hingewiesen, daß nach dem Entwurf nicht die dem § 2 Abs. 2 des geltenden Strafgesetzbuches entsprechende Bestimmung des § 3 für die Verhängung der Maßregeln der Besserung und Sicherung zur Anwendung kommen soll, sondern § 4 des Entwurfs von 1927, wonach über Maßregeln der Besserung und Sicherung nach dem Gesetz zu entscheiden ist, das zur Zeit der Entscheidung gilt. Die Verwendung der Straffreiheitserklärung auf die Maßregeln der Besserung ist aber eigentlich schon deswegen ausgeschlossen, da eine Straffreiheitserklärung begrifflich nur die Befreiung von Strafen bedeuten kann.

e) Die Rehabilitation.

Die Rehabilitation ist diejenige Art der Begnadigung, welche in Erscheinung tritt, nachdem die Strafe oder wenigstens die Hauptstrafe verbüßt ist. Sie bedeutet die Aufhebung der als Nebenstrafen oder als Nebenfolgen eintretenden Ehrenminderungen oder anderer eintretenden Beeinträchtigungen, durch welche die Stellung des Verurteilten gegenüber den nicht bestraften Personen verschlechtert wird. Derartige Folgen waren nach den früheren Rechten an schwere Verurteilungen im weiteren Umfange und in härterer Art geknüpft als heute. Von der Begnadigung im engeren Sinne unterscheidet sich die Rehabilitation dadurch, daß sie dann gewährt wird, wenn die Hauptstrafe bereits verbüßt ist. Es ist dies jedoch nur der regelmäßige Fall. Es ist auch möglich, daß die Rehabilitation gleichzeitig mit dem Erlasse der Hauptstrafe erfolgt, in diesem Falle müssen aber die Wirkungen der

[115]) RGSt., 56 81.
[116]) Giese, Handwörterbuch, Bd. I, S. 116.

Begnadigung ausdrücklich auf die sonst der Rehabilitation unterliegenden Folgen erstreckt werden. Fälle der Rehabilitation sind u. a. die Wiederaufhebung von Wirkungen, welche die Verurteilung zur Zuchthausstrafe mit sich bringt, wie die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter und zum Heeresdienst. Hierzu gehört auch die Wiederverleihung der bürgerlichen Ehrenrechte an einen zum Verlust derselbe Verurteilten.

Durch die Rehabilitation verzichtet der Staat auf einen Teil seines Strafanspruchs.[117]) Der Strafanspruch geht hier auf Duldung des Verlustes.[118])

Als Akte der Rehabilitation faßt man zwar nach Binding[119]) gewöhnlich auch diejenigen Staatsakte auf, durch welche Folgen einer Straftat beseitigt werden, welche keinen Strafcharakter tragen. Da die Begnadigung einen Verzicht des Staates auf seinen Strafanspruch bedeutet, sind nach Binding diejenigen Folgen eines Strafurteils, welche nicht Strafe sind, der Gnade entzogen. Derartige Rechtswirkungen finden sich, wie Binding hervorhebt, in zahlreichen Gesetzen verwaltungsrechtlichen Inhalts. Binding führt aus, daß der Gesetzgeber in vielen Fällen durch die Stellung, welche er den diese Verwirkungen behandelnden Vorschriften im Gesetze gegeben habe, zeige, daß es sich nicht um Strafen handele. Sie ständen meistens außerhalb des Gesetzabschnittes, welcher sich ex professo mit den Strafdrohungen befaßt.[120]) Diese Verwirkungen können daher nach ihm auch nicht im Wege der Rehabilitation wieder aufgehoben werden, soweit die Rehabilitation eine Art der Gnade bedeutet (Rehabilitation im engeren Sinne). Wenn man die Aufhebung dieser Verwirkungen gewöhnlich als Rehabilitation bezeichnet (Rehabilitation im weiteren Sinne), so erklärt sich dies daher, daß man in früherer Zeit als Rehabilitation einfach die Aufhebung aller Folgen einer Verurteilung zu bezeichnen pflegte, ohne dabei zu unterscheiden, ob sie Strafcharakter trugen oder nicht. Ein scharfer Trennungsstrich wird auch heute zwischen den beiden Arten der Rehabilitation noch nicht gezogen.

---

117) v. Liszt-Schmidt, § 78a.
118) Binding, S. 876.
119) Binding, a.a.O.
120) Binding, S. 382, N. 14 u. S. 876 Anm. I, 5.

F. Die Anwendbarkeit des Begnadigungsrechts auf die sichernden Maßnahmen.

I. Die Begnadigung kann sich als Verzicht auf den Strafanspruch nur auf Strafen erstrecken.

Die Frage, ob die Begnadigung auch auf die sichernden Maßnahmen Anwendung finden kann, wird in der Literatur verschieden beantwortet. Während ein Teil der Schriftsteller die Begnadigung auf die sichernden Maßnahmen für anwendbar hält, bestreiten andere, daß es möglich sei, diese Maßnahmen im Gnadenwege aufzuheben. Die Frage wird sowohl in Abhandlungen über das Begnadigungsrecht als auch über die sichernden Maßnahmen kurz gestreift. Eine eingehende Behandlung dieser Frage ist bisher noch nicht versucht worden. Diejenigen, welche die sichernden Maßnahmen durch einen Akt der Gnade aufheben wollen, können sich zur Begründung ihrer Ansicht auf die zahlreichen übereinstimmenden Merkmale zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen stützen. Wenn die Strafen und sichernden Maßnahmen in ihrer äußeren Erscheinung übereinstimmen, scheint es zweckmäßig zu sein, die Begnadigung auch zur Aufhebung der sichernden Maßnahmen zu verwenden. Die sichernden Maßnahmen bedeuten ebenso wie die Strafen für den Betroffenen, wie wir gesehen haben, oft ein nicht geringes Uebel. Da der in Sicherungsverwahrung Untergebrachte ja die Entziehung der Freiheit ebenso schwer empfinden muß wie der Strafgefangene, so liegt der Gedanke nahe, die Gnade, die ja ihrer Natur nach die Befreiung von einem Uebel bedeutet, auch dem Verwahrten zu teilwerden zu lassen. Gerade diejenigen Schriftsteller, welche behaupten, daß die sichernden Maßnahmen Strafcharakter hätten, müssen konsequenterweise für die Aufhebung der sichernden Maßnahmen im Wege der Gnade eintreten. Es ist bereits hervorgehoben worden, daß es unbillig sei, wenn man diejenigen, welche in der Sicherungshaft ebenso leiden wie die in Straf-

haft, nicht ebenso begnadigen könne. Namentlich diejenigen, welche wie Delaquis[121]) den prinzipiellen Unterschied zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen leugnen, müssen die Anwendbarkeits des Begnadigungsrechts auf die sichernden Maßnahmen annehmen.[124]) Freudenthal[122]) meint, daß nicht einzusehen sei, warum nicht neben dem nach § 25 zuständigen Gericht nicht auch die Gnadenistanz zur Milderung von Härten und zur Behebung von Irrtümern zur Niederschlagung der sichernden Maßnahmen zuständig sein sollte. Bei der Verhängung der sichernden Maßnahmen kann ebenso wie bei der Verurteilung zu einer Strafe, diese Verhängung eine ungewöhnliche Härte bedeuten. Freudenthal hält daher neben dem Gerichte auch die Gnadeninstanz für zuständig, die sichernden Maßnahmen aufzuheben. Auch Wüst[122]) hält es grundsätzlich für möglich, daß das Begnadigungsrecht an und für sich dazu dienen kann, um die sichernden Maßnahmen aufzuheben. Er verlangt nämlich, daß in dem Entwurf von 1903 zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch eine Bestimmung dahin aufgenommen werde, daß die sichernden Maßnahmen wegfallen sollen, wenn der Täter begnadigt wird. Dies ist aber nur möglich, wenn die Begnadigung an und für sich auf die sichernden Maßnahmen anwendbar ist. Nach Graebert[125]) ist der Erlaß polizeilicher Sicherungs- und Verwaltungsmaßregeln im engeren Sinne nicht möglich, wohl aber durch Rehabilitation. Derselben Ansicht scheint auch Wenger[126]) zu sein. Nach Frank[127]) beurteilt es sich nach Landesrecht, ob polizeiliche Maßregeln der Gnade zugänglich sind. Es ist auf auch die Auffassung vertreten worden, daß nach der preußischen Praxis die Aufhebung oder die Milderung reiner bessernder und sichernder Maßnahmen im Wege der Gnade zulässig sei.[128]) Nach § 1 des Gesetzes über die Gewährung von Straffreiheit vom 14. Juli 1928 (R. G. Bl. I S. 95) erstreckt sich der Strafnachlaß auch auf die Sicherungsmaß-

---

121) Delaquis, Zeitschrift, S. 709 und Wörterbuch, S. 376.
122) Freudenthal, Reform, S. 166.
123) Wüst, Diss. S. 183.
124) Delaquis, Wörterbuch, S. 376.
125) Graebert, S. 10.
126) Wenger, S. 25.
127) Frank, Vorbem. I, 2, zu § 12, StGB.
128) Grau-Schaefer, S. 67, Anm. 3 u. Verhandl. des Strafrechtsaussch., 61. Sitzung v. 25. 4. 29.

nahmen. Nach Grau und Schäfer[129]) haben nach einer Mitteilung des Reichsjustizministeriums die obersten Justizbehörden eine Reihe deutscher Länder die Auffassung vertreten, daß die Sicherungsverwahrung der Entwürfe im Wege der Gnade aufgehoben werden könnte. Delaquis[130]) hält es dem Anschein nach für möglich, daß die Gnade auf sichernde Maßnahmen angewendet werden kann. Nach ihm hängt die Frage der Anwendbarkeit der Begnadigung von dem Ergebnis der Untersuchung der Unterschiede zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen ab. Auch die Anhänger der Schutzstrafe, die ja die Sicherung der Gesellschaft in den Vordergrund rücken und in der Sicherungsverwahrung ihre Forderungen praktisch zu einem großen Teil verwirklicht glauben, müssen, soweit sie die Sicherungsstrafe der Begnadigung zugänglich halten, dazu neigen, daß auch die Sicherungsverwahrung im Wege der Gnade aufgehoben werden kann.

Denjenigen, welche sich für die Anwendbarkeit des Begnadigungsrechts auf die sichernden Maßnahmen erklären und sich dabei auf die übereinstimmenden Merkmale zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen berufen, muß entgegengehalten werden, daß äußere Erscheinungsformen und Aehnlichkeiten niemals von Bedeutung sein können für die Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsinstitut auf ein bestimmtes Recht angewendet werden kann oder nicht. Entscheidend für die Anwendbarkeit ist außer der rechtlichen Konstruktion des zur Anwendung kommenden Rechtsinstituts der Inhalt desjenigen Rechts, auf welches dies Rechtsinstitut zur Anwendung kommen soll. Es ist daher im Folgenden davon auszugehen, daß das Begnadigungsrecht einen Verzicht des Staates auf den ihm zustehenden S t r a fanspruch bedeutet und daß die sichernden Maßnahmen trotz ihrer Herübernahme in das Strafrecht V e r w a l t u n g s m a ß r e g e l n bleiben. Da die Begnadigung einen Verzicht des Staates auf seinen S t r a fanspruch bedeutet, kann sie sich folgerichtig nur auf solche Maßnahmen erstrecken, die S t r a fcharakter tragen. Eine weitere Ausdehnung erscheint auf der Grundlage des Begnadigungsrechts unmöglich. Es erscheint schon aus diesem Grund das Begnadigungsrecht auch auf die sichernden Maßnahmen

[129]) Grau und Schaefer, S. 67, Anm. 3.
[130]) Delaquis, a.a.O.

nicht anwendbar, da sie eben keine Strafen sind und, auch wenn sie auf Grund eines gerichtlichen Beschlusses verhängt werden, Verwaltungsmaßregeln bleiben. Die meisten Schriftsteller lehnen schon aus diesem Grunde die Anwendung des Begnadigungsrechts auf die sichernden Maßnahmen und überhaupt auf Maßnahmen polizeilicher Natur ab. Nach von Liszt-Schmidt[131]) ist die Begnadigung Beseitigung der Straffolgen des Verbrechens. Sichernde Maßnahmen können nach ihm daher durch einen Begnadigungsakt nicht betroffen werden. Auch andere Verwaltungsmaßregeln, wie die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt werden nach v. Liszt-Schmidt von der Begnadigung nicht berührt.[134]) Die hiergegen erhobenen Einwendungen von Delaquis[132]) gehen von der oben widerlegten Auffassung aus, daß zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen ein grundsätzlicher Unterschied nicht bestehe. Diese Auffassung läßt sich, wie wir oben gesehen haben, wenigstens für den Entwurf nicht rechtfertigen. Damit fallen auch die darauf gezogenen Schlußfolgerungen in sich zusammen. Wir brauchen daher auf diesen Versuch, den obigen Satz von v. Liszt zu widerlegen, hier nicht näher einzugehen.

Nach Köhler[133]) ist die Begnadigung im weiteren Sinne der Verzicht des Staates auf einen erworbenen (oder bedingt vorhandenen) staatlichen Strafanspruch oder auf andere öffentrechtliche Unrechtsfolgen. Gegenstand der Begnadigung sind nach ihm nicht nur die Strafen, sondern auch sonstige öffentlichrechtliche Unrechtsfolgen; u. a. die Einziehung, Einforderung einer etwa dem Staate zugesprochenen Buße, Einschaffung einer Person in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt. Nach Lobe[135]) sind „Gegenstand der Begnadigung die Strafen und Nebenstrafen und alle anderen öffentlichrechtlichen Unrechtsfolgen." An einer anderen Stelle[136]) ist nach Köhler die Begnadigung im engeren Sinne ohne weiteres nur auf die Kriminalstrafen, nicht aber bezüglich der Maßregeln nach § 41 St. G. B. Unbrauchbarmachung einer Schrift), § 56 StGB. (Erziehungsmaßnahmen gegen Jugend-

131) v. Liszt, § 75, II.
132) Delaquis, Zeitschrift, Bd. 32, S. 372.
133) Köhler, S. 648.
134) v. Liszt-Schmidt, a.a.O.
135) Lobe, S. 103.
136) Köhler, a.a.O., S. 22.

liche, — jetzt aufgehoben und durch das J. G. G. ersetzt), § 152 (Einziehung falscher Münzen) anwendbar. Zwischen diesen beiden Anschauungen besteht ein Widerspruch, da auch die Unbrauchbarmachung, die Erziehungsmaßnahmen und die Einziehung falscher Münzen öffentlichrechtliche Unrechtsfolgen sind. Köhler muß selbst zugeben, daß das Wort Gnade eigentlich nur auf bestimmungsgemäße Uebel (als solche sind nur Strafen möglich), paßt. Einen Beweis für seine Behauptung, daß sich die Begnadigung auch auf andere öffentlichrechtliche Unrechtsfolgen erstreckt, tritt Köhler nicht an. Köhler räumt selbst ein, daß sich die Begnadigung nicht auf alle öffentlichrechtlichen Unrechtsfolgen erstrecken kann, z. B. nicht auf die Kosten des Strafprozeßes, die doch auch öffentlichrechtlicher Natur sind. Auch der Verlust durch öffentliche Wahlen erlangter Aemter kann durch einen Begnadigungsakt nicht rückgängig gemacht werden. Wie soll man bei den öffentlichrechtlichen Unrechtsfolgen die Grenze ziehen. Die Köhler'sche Generalklausel muß hier zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Von Bar[137]), auf dessen allgemein gehaltene Begriffsbestimmung des Begnadigungsrechts als der Beseitigung strafrechtlicher Nachteile durch die Staatsgewalt Köhler sich anscheinend stützt, ist bei der Erstreckung der Begnadigung auf Maßregeln, welche keinen Strafcharakter tragen, anderer Meinung. Es mag Köhler zugegeben werden, daß die Praxis bei der Anwendung des Begnadigungsrechts weiter gegangen ist und auch Maßnahmen, welche nicht zu den Strafen gehören, im Gnadenwege aufgehoben hat. Diese Ausdehnung des Begnadigungsrechts auf Nichtstrafen ist, wie wir unten sehen werden, zu Unrecht erfolgt. Die meisten Schriftsteller stimmen darin überein, daß die Begnadigung sich nur auf Strafen beziehen könne.

Nach Binding[138]), der die Begnadigung in einer allgemein gehaltenen Definition einfach als einen Verzicht auf das Strafrecht ansieht, läßt die Gnade alle Rechte des Staates, die nicht auf Strafe gehen, ebenso wie alle Rechte Privater unberührt. Nach ihm sind alle Rechte, welche wegen der mangelnden Strafnatur der Strafvollstreckungsverjährung entzogen sind, für die Gnade unangreifbar. Ein Verzicht auf diese Rechte sei keine Gnade.

[137]) v. Bar, III, S. 470, vergl. S. 55.
[138]) Binding, Handbuch, S. 873.

Es könnten zwar die Träger des Begnadigungsrechts die Polizeibehörden anweisen, von ihren Rechten, z. B. auf Stellung unter Polizeiaufsicht, keinen Gebrauch zu machen, dieser Verzicht sei aber keine Gnade. Der Staat könne auch die Vollziehung der im objektiven Verfahren erkannten polizeilichen Maßregeln, z. B. der Einziehung gemäß § 42 StGB., einer nach § 30 zulässigen Vollstreckung in den Nachlaß, die eigentlich keine Strafe mehr sind, unterlassen. Ebenso könne der Staat auch auf die Kosten des Strafverfahrens zweifellos verzichten. Derartige Verzichte seien keine Gnade, wenigstens seien sie der Gnade im Rechtssinne entzogen. Binding's Ansicht ist, soweit sie die Einziehung betrifft, vom Reichsgericht[139]) gebilligt worden. Das Reichsgericht hat in einem Falle, in dem ein Kriegsteilnehmer wegen Vergehens gegen das Weingesetz durch eine Amnestie begnadigt war, die Einziehung des verfälschten Weines im objektiven Verfahren trotz der Niederschlagung für zulässig erklärt mit der Begründung, daß die Begnadigung die an sich verfolgbare Straftat nicht berührt und namentlich nicht in dem Sinne getilgt werde, daß der Täter von allen vom Gesetze daran geknüpften Folgen als befreit zu gelten hätte. Die Niederschlagung bedeute vielmehr nur einen Verzicht auf die aus einer Tat gegen eine bestimmte Person erwachsenen Strafansprüche und deren Geltendmachung. . . . In Bezug auf die Person des Täters bleiben demgemäß auch solche Folgen der Straftat im Falle der Niederschlagung unberührt, die das öffentliche Recht daran knüpfte, soweit sie nicht strafrechtlicher Art sind, die den Täter nicht als Strafübel träfen.[140])

Nach von Bar[141]) unterliegt dem Begnadigungsrechte alles was als öffentliche Strafe zu bezeichnen ist, auch Konfiskation, sofern sie als wirkliche öffentliche Strafe zu bezeichnen ist, dagegen nicht Konfiskation bezw. Vernichtung von Sachen, die das Recht einzelner Personen vor Beeinträchtigung schützen sollen, wie sie nach § 42 des Reichsstrafgesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur vom 19. 6. 1901 vorgesehen sind. Es handele sich dabei um Maßregeln polizeilicher Natur. v. Bar scheint also Binding's An-

[139]) RGSt. Bd. 53, S. 386.
[140]) Ebenso RGSt. Bd. 53, S. 124.
[141]) von Bar, III, S. 470.

sicht zu teilen, daß allgemein polizeiliche Maßnahmen von der Begnadigung nicht berührt werden.

Finger[142]) geht davon aus, daß Gnade ein Verzicht des Inhabers des Strafrechts und des Strafklagerechts auf diese Rechte bedeutet. Die Gnade bezieht sich nach ihm daher nur auf Haupt- und Nebenstrafen. Auch nach M. E. Meyer liegen die Rechtsfolgen des Delikts, die keinen Strafcharakter haben, außerhalb des Bereiches der Begnadigung, insbesondere Polizeiaufsicht und Nachhaft.[143]) Adolph[144]) ist ebenfalls gegen die Anwendung des Begnadigungsrechts auf Verwaltungsmaßregeln und auf polizeiliche Maßregeln der Unbrauchbarmachung und Einziehung, da es sich hier nicht um Strafen handele. Adolph hält einen Erlaß von Maßnahmen ohne Strafcharakter für eine „öffentlichrechtliche Liberalität." Nach Nagler[145]) ergreift die Begnadigung nur die Strafansprüche, läßt dagegen die subjektiven Praeventionsrechte unberührt. Auch von Redwitz[146]) meint, daß durch die Begnadigung lediglich der durch das betreffende Urteil festgestellte Strafanspruch beseitigt wird, soweit der Begnadigungsakt ihn treffen will. Unberührt bleiben nach ihm von der Begnadigung andere aus dem Delikt resultierende bezw. durch das betreffende Urteil festgestellte Ansprüche, so insbesondere auch die Befugnis zur Aenderung von im Urteil ausgesprochenen sichernden Maßnahmen. Nach Gerland[147]) bezieht sich die Begnadigung im engeren Sinne immer nur auf die konkrete rechtskräftig festgestellte Strafpflicht des Staates, niemals dagegen auf verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen. Graebert[148]) will die Begnadigung im engeren Sinne nicht auf Sicherheits- und Verwaltungsmaßregeln anwenden. Auch nach Elsas[149]) ist die Begnadigung auf polizeiliche Praeventivmaßregeln unanwendbar, da er die Begnadigung als Verzicht auf die Vollstreckung einer Strafe ansieht, sie sich auf Deliktsfolgen, die nicht Strafe sind, nicht erstrecken kann.

---

142) Finger, S. 590 ff.
143) Meyer, S. 530.
144) Adolph, S. 50.
145) Nagler, S. 253.
146) v. Redwitz, S. 191.
147) Gerland, Handwörterbuch, I, S. 573.
148) Graebert, S. 13.
149) Elsas, S. 45 N. 2.

Dieser Meinung schließt sich auch Berndt[150]) an. Er führt aus, daß diejenigen Maßnahmen, welche auf Grund richterlichen Erkenntnisses im Wege der Verwaltung zu bewirken sind, insbesondere die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt nicht Gegenstand der Gnade sind. Nach Grau- und Schäfer[151]) ist bei Maßnahmen von rein polizeilicher Natur, bei Maßnahmen der Sicherung im Sinne des § 55 des Entwurfs von 1927, so bei der Unterbringung verbrecherischer Geisteskranker oder Sicherungs-Verwahrung gemeingefährlicher Gewohnheitsverbrecher eine Begnadigung als unzulässig anzusehen, da diese Maßnahmen nicht ein Strafübel bedeuten. Dies ist auch die Meinung von Eberhard Schmidt[152]). Nach ihm können sichernde Maßnahmen durch Begnadigungsakte nicht berührt werden. Diese Auffassung teilt nach Schäfer und Grau auch das preußische Justizministerium. Nach Grau und Schäfer ist die Meinung, daß nach der preußischen Praxis die Aufhebung sichernder Maßnahmen im Wege der Gnade zulässig sei, irrig. § 1 des Gesetzes vom 14. Juli 1928 ist nicht geeignet die gegenteilige Meinung zu stützen. Der Gesetzgeber kann zwar anordnen, daß die Aufhebung sichernder Maßnahmen im Wege der Begnadigung erfolgen soll, da der Gesetzgeber in seinen Anordnungen frei ist. Eine solche Begnadigung ist aber eigentlich ein Staatsakt besonderer Art, der mit der Begnadigung im bisherigen Sinne nur den Namen gemeinsam hat. Die Fassung des Gesetzes vom 14. Juli 1928 ist m. E. nicht sehr glücklich, da Straferlaß und der Erlaß sichernder Maßnahmen wegen der Verschiedenheit der beiden Arten staatlicher Maßregeln zwei völlig verschiedene Rechtsinstitute sind. Die Fassung erklärt sich nach Grau und Schäfer[153]) aus der Absicht des Gesetzgebers, den Streit darüber gegenstandslos zu machen, ob gewisse Maßregeln, deren Wegfall dem Gesetzgeber erwünscht war, durch das Gesetz betroffen würden. Dem Bedenken gegen die Ausdehnung der Gnade auf Sondermaßregel kann sich auch Lobe[154]) nicht verschließen. Er bezweifelt die Berechtigung, die Begnadigung auf Nichtstrafen auszudehnen. Der Vorschlag

150) Berndt, S. 109.
151) Grau und Schaefer, S. 68.
152) Eberhard Schmidt, S. 570.
153) Grau und Schäefer, S. 69, Anm. 2.
154) Lobe, S. 14.

von Wüst, eine besondere Bestimmung in das schweizerische Strafgesetzbuch einzufügen, daß die sichernden Maßnahmen im Falle einer Begnadigung fortfallen sollen, erscheint verfehlt, da die Begnadigung als Verzicht auf den Strafanspruch des Staates ihrem Wesen nach sich nicht auf sichernde Maßnahmen erstrecken kann.

II. Die gesetzlichen Bestimmungen über das Begnadigungsrecht lassen eine Ausdehnung auf die sichernden Maßnahmen nicht zu.

Die meisten und wichtigsten Vorschriften über das Begnadigungsrecht finden wir in den Verfassungsbestimmungen, welche im Reiche oder in den Ländern gelten oder gegolten haben. Daß in ihnen nur der Erlaß von Strafen gemeint war, ergibt sich aus deren Wortlaut.

Die alte Bismarck'sche Reichsverfassung enthielt, wie wir gesehen haben, über das Begnadigungsrecht keine Bestimmung, da ursprünglich eine eigene Gerichtsbarkeit des Reiches nicht vorgesehen war. Die Begnadigung sollte daher auch ausschließlich Sache der Länder bleiben. Als dann das Reich eine eigene Gerichtsbarkeit erhielt, wurde das Begnadigungsrecht im Namen des Reiches durch die bereits erwähnte Vorschrift des § 484 der Strafprozeßordnung dem Kaiser übertragen.

Nach § 49 der alten Preuß. Verfassung vom 31. Januar 1850 hat der König das Recht der Begnadigung und Strafmilderung. Begnadigung und Strafmilderung dürfen hier nicht als Gegensätze aufgefaßt werden. Die Strafmilderung ist nur ein geringer Grad der Gnade. Daraus ergibt sich, daß hier unter der Begnadigung das Recht zum völligen Erlaß einer Strafe zu verstehen ist. Diese Vorschrift der Verfassung ist an die Stelle des § 9, II, 13 des preuß. Allgemeinen Landrechts und des mit ihr fast wörtlich übereinstimmenden § 590 der preuß. Kriminalordnung getreten. § 9, II, 13 A. L. R. lautet: „Das Recht, aus erheblichen Gründen Verbrechen zu verzeihen, Untersuchungen niederzuschlagen, Verbrecher ganz oder zum Teil zu begnadigen, Zuchthaus-, Festungs- oder andere härtere Leibesstrafen in gelindere zu verwandeln, kann nur von dem Oberhaupte des Staats unmittelbar ausgeübt werden, soweit er

nicht dasselbe für gewisse Arten von Strafen oder Verbrechen einer ihm untergeordneten Behörde ausdrücklich übertragen hat.[155]) Diese weitschweifige Umschreibung des Begnadigungsrechts hat im § 49 nur eine kürzere und bessere Formulierung gefunden, inhaltlich bedeuten beide dasselbe. § 9, II, 13 A. L. R. will aber das Begnadigungsrecht deutlich umschreiben, indem er die einzelnen Möglichkeiten des Eingreifens der königlichen Gnade erläutert. Diese sind, vielleicht von dem Recht zur Niederschlagung von Untersuchungen abgesehen, nur auf den Erlaß oder die Milderung von Strafen abgestellt. Auch § 49 konnte sich daher nur auf Strafen beziehen.

Der Titel VIII s 4 der alten bayerischen Verfassung enthält ebenfalls eine Erklärung des Rechtes des Königs in strafrechtlichen Sachen Gnade zu erteilen, dahin, daß der König berechtigt war, Strafen zu erlassen oder zu mildern. Diese Bestimmung zeigt, daß das dem König von Bayern zustehende Begnadigungsrecht sich nur auf Strafen erstreckte. Diese Meinung ist in Bayern frühzeitig als richtig anerkannt worden. Man hat die Bestimmung eng ausgelegt. Um das Begnadigungsrecht des Königs auf Maßnahmen, die keine Strafen waren, zu erstrecken, ist das Gesetz über die Aufhebung von Straffolgen vom 10. Juli 1861 erlassen worden[156]) (hierüber siehe unten S. 64).

Die alte sächsische Verfassung enthält nicht das Wort Begnadigung. Der König hatte nach ihr das Recht der Verwandlung, Minderung oder des Erlasses der Strafe.[157]) Diese Worte enthalten die Begriffsbestimmung der Begnadigung im engeren Sinne, ohne diese ausdrücklich zu nennen. Das dem König in § 51 vorbehaltene Recht konnte sich nach dem Wortlaut nur auf Strafen beziehen.

Auch das Begnadigungsrecht des Großherzogs von Baden war nur auf Strafen anwendbar. Der § 15 Abs. III der Verfassung des Großherzogtums Baden lautete: „Der Großherzog kann erkannte Strafen mildern oder ganz nachlassen, aber nicht schärfen." Das Recht zur Milderung oder zum gänzlichen Erlaß von Strafen kann nicht einfach

---

155) Für die Zurückführung des Art. 49 der alten preuß. Verfassung, vergl. Fritschen, S. 14.

156) Vergl. Riss, S. 533.

157) § 52 der Verfassung für das Königreich Sachsen vom 4. September 1831.

auf andere Maßregeln, wie die sichernden Maßnahmen, erstreckt werden. Eine solche Erweiterung läßt sich mit dem Wortlaut der Bestimmung nicht vereinbaren. Die gleichen Folgerungen kann man aus Art. 24 der alten Hamburger Verfassung ziehen. Nach Art. 24 der Verfassung der freien und Hansastadt Hamburg vom 13. Oktober 1879 stand dem Senat das Recht zu, eine Strafe durch Begnadigung zu mildern oder zu erlassen. Es konnte ein weitergehendes Recht zur Begnadigung bezüglich Maßnahmen, die nicht unter den Begriff der Strafe fallen, darauf nicht gestützt werden. Nach § 45 der Verfassung des Fürstentums Reuß ältere Linie vom 28. März 1867 hatte der Landesherr in Strafrechtsfällen das Recht der Abolition (Niederschlagung) sowie der Verwandlung, Minderung und des Erlasses der Strafe; (konnte aber zuerkannte Strafen nicht schärfen). Im Fürstentum Reuß jüngere Linie konnte nach § 7 des revidierten Staatsgrundgesetzes vom 4. April 1852 der Landesherr Strafen erlassen und mildern (auch gerichtliche Untersuchungen niederschlagen). Nach § 8 des Grundgesetzes für das Herzogtum Sachsen-Altenburg vom 29. April 1831 stand dem Herzog das Begnadigungsrecht in strafrechtlichen Sachen zu. Nach § 140 des Staatsgrundgesetzes für die Herzogtümer Coburg und Gotha vom 3. Mai 1852 stand es dem Herzog zu, erkannte Strafen aufzuheben oder zu mildern (auch das Verfahren gegen den Beschuldigten, noch ehe das Verbrechen oder Vergehen über die Bestrafung erkannt worden war, niederschlagen und einstellen zu lassen). In Sachsen-Meinigen stand nach Art. 106 des Grundgesetzes über die vereinigte Landschaftliche Verfassung des Herzogtums vom 23. August 1829 dem Landesherrn des Recht der Begnadigung in Strafsachen zu. Ein auf Klage der Stände zur Entsetzung verurteilter Beamter konnte zwar hinsichtlich der Strafe begnadigt werden, aber nicht in Dienst bleiben oder darin wieder aufgenommen werden, auch nicht aus irgend einer Staatskasse Pension beziehen. Nach Art. 10 des Verfassungsgesetzes für das Fürstentum Schaumburg-Lippe vom 17. November 1868 stand dem Fürsten das Recht der Begnadigung und Strafmilderung sowie der Amnestie und Abolition zu. Die übrigen Verfassungen der Bundesstaaten des deutschen Reiches enthielten entweder über das Begnadigungsrecht keine ausdrück-

lichen Bestimmungen oder erwähnten das Begnadigungsrecht nur schlechthin. Aus keiner ihrer Bestimmungen kann man jedoch folgern, daß das Begnadigungsrecht einen weiteren Umfang habe als zur Niederschlagung von Strafverfahren oder zum Erlaß von rechtskräftig erkannten Strafen. Unter Strafen sind hier freilich nicht nur die Kriminalstrafen zu verstehen. Der Begriff der Strafe muß hier in einem weiteren Sinne genommen werden. Die Begnadigung erstreckte sich auf die Disziplinarstrafen und Strafen, die von den Ehrengerichten der freien Berufe festgesetzt worden waren,[158]) sowie auch auf Ordnungsstrafen[159]).

Die Redaktoren der Verfassung der deutschen Länder haben dabei kein neues Recht schaffen wollen. Sie haben nur das bestehende neu festlegen und den veränderten staatsrechtlichen Verhältnissen anpassen wollen. Wir haben, wenn auch in veränderter Fassung den alten Rechtszustand vor uns, wie er zur Zeit der Abfassung der Verfassungen der Staaten des ehemaligen deutschen Bundes bestanden hat. Damals hat niemand die Begnadigung auf polizeiliche Maßregeln der Sicherung und Besserung erstrecken wollen, da man damals das Verbrechen nur durch ein System der Einspurigkeit, also nur durch Strafen zu bekämpfen suchte. Die Forderung nach der Einführung besonderer Maßnahmen neben der Strafe zur Bekämpfung des Verbrechens ist erst in viel späterer Zeit allgemein erörtert worden. Hätte man bei der Beratung der neuen deutschen Verfassungen das damals geltende Recht überhaupt verändern wollen, so hätte man das irgendwie zum Ausdruck bringen müssen. Dies ist aber im Text der Verfassung, noch bei der Beratung der die Begnadigung behandelnden Verfassungsartikel nirgends geschehen. Wenigstens ist, soweit mir bekannt, bei der Abfassung die Frage der Erstreckung der Begnadigung auf die sichernden Maßnahmen in keiner verfassunggebenden Landesversammlung eines deutschen Landes erörtert worden. Wenn eine Aenderung des Rechtes zugunsten der sichernden Maßnahmen beabsichtigt gewesen wäre, so hätte diese Aenderung irgendwie erwähnt werden müssen. Wir haben also in unseren heutigen Verfassungsbestimmungen noch das Gnadenrecht vor uns, wie es sich historisch entwickelt hat. Man kann daher in

158) Vgl. Kaskel, S. 85 ff.
159) Vergl. Berndt, S. 209.

etwa auf die älteren Anschauungen über das Begnadigungsrecht zurückgehen.

Die Mehrzahl der neuen Verfassungen der deutschen Länder umschreibt das Begnadigungsrecht ebenfalls — in ähnlicher Weise wie die Verfassungen der ehemaligen Bundesstaaten als das Recht zum Erlaß von Strafen. Nach § 54 der Verfassung des Freistaates Preußen vom 30. November 1920 dürfen allgemeine Straferlasse und die Niederschlagung einer bestimmten Art gerichtlich anhängiger Strafsache oder einer einzelnen anhängigen Strafsache nur auf Grund eines Gesetzes ausgesprochen werden. § 51 der Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern vom 14. August 1919 verlangt für Straferlasse, die sich auf alle bestraften Personen oder auf besondere Gruppen beziehen, einen Beschluß des Landtages, während für Straferlasse für einzelne Personen das Gesamtministerium bezw. einzelne Ministerien zuständig sind. Die Worte Gnade oder Begnadigungsrecht sind in dieser Bestimmung der Bayrischen Verfassung überhaupt nicht enthalten. Auch in dem das Begnadigungsrecht regelnden Art. 31 der Verfassung des Freistaates Sachsen vom 1. November 1930 fehlt jede ausdrückliche Erwähnung des Begnadigungsrechts. Das sächsische Gesamtministerium hat nach dieser Bestimmung in strafrechtlichen Fällen einschl. der Fälle des Dienststrafrechts, das Recht der Niederschlagung, sowie der Verwandlung, der Minderung oder des Erlasses der Strafe. Die Württembergische Verfassung vom 25. September 1919 gibt dem Staatspräsidenten, dem das Recht der Einzelbegnadigung zusteht, das Recht, auf Vorschlag des Staatsministeriums auch ein Strafverfahren niederzuschlagen (§ 33). Für Baden kann nach § 16 III des Gesetzes die badische Verfassung betreffend vom 21. März 1919 das Staatsministerium rechtskräftig erkannte Strafen im Gnadenweg mildern oder nachlassen aber nicht verschärfen. Zur Niederschlagung anhängiger Strafverfahren ist besondere gesetzliche Ermächtigung erforderlich. Art. 61 der hessischen Verfassung vom 12. Dezember 1919 hat fast den gleichen Wortlaut und umschreibt das Begnadigungsrecht als ein Recht zur Milderung und zum Nachlaß rechtskräftig erkannter Strafen und zur Niederschlagung anhängiger Strafverfahren. Art.

47 I der Verfassung der freien und Hansastadt Hamburg vom 7. Januar 1921 verlangt zur Niederschlagung von Strafverfahren gesetzliche Ermächtigung. Nach § 57 I der Verfassung des Freistaates Mecklenburg-Schwerin kann das Staatsministerium jede von der öffentlichen Gewalt im gerichtlichen oder nicht gerichtlichen Verfahren verhängte Strafe im Gnadenwege mildern, umwandeln oder erlassen, auch bei Jugendlichen vor Verhängung der Strafe das Verfahren niederschlagen. Der Art. 36 II der Verfassung des Freistaates Braunschweig vom 6. Januar 1932 ist das Staatsministerium befugt, in einzelnen Fällen rechtskräftig erkannte Strafen zu mildern oder umzuwandeln, auch Strafbefristung und Strafunterbrechung zu gewähren. Die Verfassung des Landes Lippe vom 21. Dezember 1920 Art. 31 erteilt dem Landespräsidium die Befugnis, Strafen auf die von lippischen Gerichten erkannt ist, zu erlassen oder zu mildern. Allgemeine Straferlasse können nur durch Gesetz angeordnet werden. Das Wort Gnade ist in Art. 31 nicht enthalten. Nach § 31 der Verfassung des Freistaates Schaumburg-Lippe kann die Landesregierung Strafen, die von den Gerichten des Landes erkannt worden sind, erlassen oder mildern. Allgemeine Straferlasse dürfen nur durch ein vom Landtag mit Zweidrittelmehrheit beschlossenes Gesetz angeordnet werden. Die Verfassung der übrigen deutschen Länder erwähnen das Begnadigungsrecht nur schlechthin als solches oder behandeln die Niederschlagung von Strafverfahren. Die Verfasser dieser Bestimmungen haben wohl nur für dasjenige, was unter den Begriff der Strafe fällt, das Begnadigungsrecht erstrecken wollen, denn sonst hätten sie kaum in so zahlreichen Fällen das Wort Begnadigung einfach als das Recht zum Erlaß von Strafen umschreiben dürfen, ohne, wie es ja in mehreren deutschen Verfassungen geschehen ist, das Wort Gnade oder Begnadigung ausdrücklich zu erwähnen.

Es ergibt sich daher auch aus dem geltenden Verfassungsrecht, daß das Begnadigungsrecht sich nur auf Strafen erstrecken kann, und daß auf andere Maßnahmen, welche nicht unter den Begriff der Strafe fallen, das Begnadigungsrecht nicht erstreckt werden kann auch nicht auf Verwaltungsmaßregeln wie die Maßregeln der Besserung und Sicherung.

Zu derselben Schlußfolgerung gelangt man auf Grund der Bestimmungen des geltenden Strafgesetzbuchs über die

Begnadigung. Dieses kennt, wie Binding[160]) hervorhebt, die Gnade nur in Gestalt eines gänzlichen oder teilweisen Straferlasses an. Das Wort Gnade kommt in ihm überhaupt nicht vor. Auch § 13 des Militärstrafgesetzbuchs vom 16. Juni 1926 erwähnt die Begnadigung nicht ausdrücklich, sondern erwähnt die Begnadigung nur einfach als Erlaß einer früheren Strafe. Ziffer VIII der Verordnung des Rates der Volksbeauftragten vom 5. Dezember 1918[161]) handelt ebenso nur von dem Rechte der Strafmilderung und des Straferlasses ohne die Begnadigung als solche zu nennen.

III. Die Unanwendbarkeit des Begnadigungsrechts auf die Verwaltungsmaßnahmen ist bereits in der Praxis anerkannt.

Die sichernden Maßnahmen unterliegen als Verwaltungsmaßnahmen grundsätzlich nur den für Verwaltungsmaßregeln geltenden Grundsätzen. Eine Verwaltungsmaßregel kann grundsätzlich nur von der Behörde aufgehoben werden, welche sie getroffen hat, und zwar nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen. Eine Aufhebung von Verwaltungsakten im Wege der Gnade ist daher auch in Deutschland nirgendwo vorgesehen. Da auch im Entwurf von 1927 eine Bestimmung fehlt, welche die Aufhebung von Verwaltungsakten im Wege der Gnade zuläßt, entfällt an sich schon mangels einer gesetzlichen Grundlage die Möglichkeit, die Maßregeln des § 55 im Gnadenwege aufzuheben. Wenn trotzdem einige Schriftsteller einen mit einer sichernden Maßnahme Belegten unter Umständen der Gnade teilhaftig werden lassen wollen, so müßten diese Bestrebungen eigentlich schon aus diesem Grunde abgelehnt werden.

Die Frage, ob Verwaltungsmaßregeln im Wege der Begnadigung aufgehoben werden können, ist nicht nur Gegenstand theoretischer Erörterungen geblieben, sondern ist schon in wiederholten Fällen praktisch geworden. Die von den Gerichten und Verwaltungsbehörden rechtskräftig festgesetzten Strafen sind nach der Strafregisterverordnung vom 8. März 1926 in das Strafregister einzutragen. Die Eintragung eines Strafvermerks in das Strafregister ist eine gesetzlich angeordnete Verwaltungsmaßregel. Für die Tilgung von Strafver-

[160]) Binding, S. 865, Elsas, S. 38.
[161]) Zitiert bei v. Liszt-Schmidt, § 76 IV, 3.

merken gilt das Gesetz über beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken vom 9. April 1920. Die Vorschriften fehlen in der alten Strafregisterordnung vom 16. 6. 1882. Die Entfernung der Eintragungen aus dem Register war nur zulässig, wenn diejenige Person, über welche der Vermerk im Register eingetragen war, das 80. Lebensjahr vollendet hatte. Eine vorzeitige Löschung war nicht vorgesehen. Da dieses Verfahren zu Härten führte, indem eine frühere Verfehlung den Verurteilten in Form des Registervermerks sein ganzes Leben lang verfolgte, suchte man hier Abhilfe zu schaffen, indem auf Gnadengesuche hin die Löschung von dem Landesherrn im Gnadenwege angeordnet wurde. Es war damals die Anschauung herrschend, daß die Löschung von Strafvermerken im Gnadenwege erfolgen könne. Die Löschungserlasse des Königs von Preußen vom 27. Januar 1916, 1917 und 1918 behandeln die Löschung von Strafvermerken als Gnadensache. So heißt es z. B. in dem Erlaß des Königs von Preußen vom 27. Januar 1918: „Ich will in Gnaden genehmigen. . . .“ Auch an anderen Stellen spricht dieser Erlaß von der Anordnung der Löschung als einem Gnadenerweis. Daß man in Preußen damals geglaubt hat, es handele sich bei der Löschung von Strafvermerken um einen Gnadenakt, zeigt schon der Umstand, daß diese Verordnungen alle am 27. Januar, dem Geburtstag des damaligen Königs von Preußen herausgegeben worden sind. Die Verordnung der Reichsregierung vom 1. Februar 1919, die dem Präsidenten des Reichsmilitärgerichts das Begnadigungsrecht in Militärsachen überträgt, enthält den Satz, daß das Begnadigungsrecht auch die Verordnung der Löschung von Registervermerken in sich schließe. Diese Auffassung wird auch von Köhler[162])vertreten. Nach ihm steht einer Tilgung der Strafe im Strafregister durch die Gnade nichts im Wege, wenn dies der Begnadigende will. Gegen dies Verfahren sind jedoch bald Bedenken aufgetaucht.

Die sächsische Justizverwaltung hat sich schon frühzeitig auf den Standpunkt gestellt, daß es bei einer Anordnung der Löschung eines Anrufens der königlichen Gnade nicht bedürfe, da das Begnadigungsrecht des Königs sich nur auf S t r a f e n beziehe. Ebenso Hamburg.[163]) Auch in Bayern

[162]) Köhler, Deutsches Strafrecht, S. 560.
[163]) Schaefer, Hellwig, S. 127, Anm. 2 zu 8 des Straftilgungsgesetzes.

hat man frühzeitig erkannt, daß das auf Titel VIII § 4 der Verfassungsurkunde beruhende Begnadigungsrecht des Königs sich nur auf die Strafe selbst beziehen könne.[164]) Um die Beseitigung von Straffolgen auf dem Wege königlicher Gnade zu ermöglichen, ist das verfassungsändernde Gesetz vom 10. Juli 1861 erlassen worden, wodurch der König zur Aufhebung von Straffolgen ermächtigt wurde. Als später das Strafregister in Bayern eingeführt wurde, erfolgte der Erlaß von Strafen auf Grund des Titels VIII § 4. Die Löschung von Strafvermerken erfolgte aber auf Grund des Gesetzes vom 10. Juli 1861. In Sachsen und Bayern hat man auch die Löschung von Vorstrafen der Kriegsteilnehmer nicht als einen Gnadenakt betrachtet. Nach Müller[166]) konnte unter der Herrschaft der alten Strafregisterverordnung an eine Streichung im Gnadenwege deswegen nicht gedacht werden, weil die Vermerkung der Strafe im Strafregister zwar eine Folge der Verurteilung ist, aber selbst Strafcharakter nicht besitzt.

Die Anschauung, daß es sich bei der Löschung von Registervermerken um die Rückgängigmachung von Verwaltungsakten handelt, ist denn auch bei den Beratungen der Strafrechtskommission durchgedrungen.[165]) Heute ist diese Auffassung allgemein. Nach § 8 des Straftilgungsgesetzes kann heute die Landesjustizverwaltung in Fällen, in denen die Voraussetzung der beschränkten Auskunft oder die Tilgung nicht vorliegen, diese Maßnahmen anordnen, wenn dadurch staatliche Interessen nicht gefährdet werden. Die Anordnung der Löschung nach § 8 ist kein Gnadenerweis, sondern eine im Gesetz ausdrücklich vorgesehene gewöhnliche Verwaltungsmaßregel. Angesichts dieser Möglichkeit einer ausnahmsweisen Löschung braucht man nicht mehr auf das Begnadigungsrecht zurückzugreifen.

Daß die Anordnung der Löschung und der Erlaß der erkannten Strafe in keinem Zusammenhange stehen, folgt auch schon aus der Tatsache, daß z. B. das preußische Staatsministerium zwar in der Lage ist, einer in Preußen verurteilten, aber in Bayern geborenen Person die Strafe zu erlassen, aber nicht die Löschung des Strafvermerks nach § 8 anordnen

164) Vgl. Müller, S. 66 ff und oben S. 92.
165) Schaefer, Hellwig, a.a.O.
166) Müller, a.a.O.

kann, da das Strafregister an dem Geburtsort, also in Bayern geführt wird. Es ist hierfür nach § 8 das bayerische Justizministerium als oberste Justizbehörde zuständig.

Nach Schäfer-Hellwig[167]) ist es auch nicht möglich oder zulässig, von vornherein im Gnadenwege anzuordnen, daß die Aufnahme einer Strafnachricht in das Register nicht erfolgen soll, da die Aufnahme der Strafnachricht in das Register keine Strafe ist. In der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 31. Dezember 1927[168]) heißt es in § 72 II, daß die Anordnung (nach § 8) kein Gnadenakt sei. Auch Gerland[169]) sieht in der Löschung auf Grund des Reichsgesetzes vom 9. 4. 1920 eine Anwendung des Begnadigungsrechts in Form der Rehabilitation. Für diese Auffassung gibt Gerland jedoch keine Begründung. Ein gewisser Widerspruch ergibt sich bei Gerland insofern, als sich nach ihm die Begnadigung im engeren Sinne nicht auf verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen bezieht. Nach Oetker[172]) ist die Beseitigung von Strafwirkungen durch eine gesetzesergänzende, gesetzlich sanktionierte behördliche Anordnung ebensowenig Gnade wie ihr Wegfall kraft Gesetzes. Die Anordnung einer vorzeitigen Löschung darf daher nicht mehr als Gnadenakt behandelt werden. Die Anordnung der Löschung nach § 8 ist kein Akt der Gnade, sondern „ein aus der Aufsicht über die Strafregister folgender Staatshoheitsakt."[171])

Wollte man den Grundsatz anerkennen, daß ein Gnadenerweis sich auf Verwaltungsmaßregeln erstrecken könne, so könnte man auch andere Maßregeln auf dem Gebiete der Rechtspflege im Gnadenwege aufheben, die mit den Strafen nichts gemein haben, aber zur Sicherung der Gesellschaft gegen unzuverlässige Elemente dienen. Nach § 915 ZPO. hat das Vollstreckungsgericht ein Verzeichnis derjenigen Personen zu führen, welche vor ihm den gemäß § 877 ZPO. erwähnten Offenbarungseid geleistet haben, fünf Jahre lang aufzubewahren und während dieser Zeit die Einsicht einem jeden zu gestatten. Diese Einrichtung dient dem Schutze des Verkehrs gegen nicht kreditwürdige Personen. Sie hat also Siche-

167) Schäfer-Hellwig, N. 25 zu § 2 der Strafregisterverordnung.
168) Mitgeteilt von Schoetensack, im Gerichtssaal, Bd. 97, S. 65 ff.
169) Gerland, Handwörterbuch, I, S. 573 und Reichsstrafrecht, S. 323.
171) Hartung, Anm. 3 zu § 8 Strafregisterverordnung.
172) Oetker, Gerichtssaal, Bd. 89, S. 172.

rungscharakter ebenso wie die Maßregeln des § 55 des Entwurfs. Sie enthält ebenso, wie diese für den von ihr Betroffenen ein Uebel, wenigstens empfinden die meisten Schuldner die Tatsache, daß ihr Name auf dieser Liste steht, unangenehm. Eine Abkürzung der Frist von 5 Jahren, in der der Name des Schuldners auf der Liste stehen muß, ist im Gesetze nicht vorgesehen. Das Gericht oder die Landesjustizverwaltung können die vorzeitige Unkenntlichmachung eines Namens nicht anordnen. Eine demnach etwa erfolgende Anordnung würde gegen den Gesetzesbefehl des § 857 ZPO. verstoßen. Ausnahmen von derartigen Anordnungen des Gesetzgebers sind nur zulässig, wenn sie ausdrücklich vorgesehen sind. Es kann daher auch auf dem Gnadenwege eine Streichung nicht verfügt werden. Die Ueberzeugung, daß die Entfernung eines Namens von der sogenannten schwarzen Liste nicht durch einen Gnadenakt erreicht werden kann, ist anscheinend im Volke so fest verwurzelt, daß die Schuldner diesen Weg wohl garnicht versucht haben.

IV. Eine vorzügliche Aufgabe der Begnadigung ist, einer höheren Gerechtigkeit zu dienen. Diese kann sie bei den sichernden Maßnahmen nicht erfüllen.

„Die Gnadengewalt hat als eine vom Rechte zur Korrektur seiner Werturteile in Berücksichtigung der Besonderheit des Einzelfalls sanktionierte Instanz einen Widerstreit zwischen dem formellen Recht und höherer Gerichtigkeit zu beheben."[173]) zwischen den Forderungen der Billigkeit und des strengen Rechts auszugleichen und so dem Verlangen nach einer besseren Gerechtigkeit zu entsprechen. Sie ist, wie bereits erwähnt, nach Jhering ein Sicherheitsventil der Gerechtigkeit. „Im Vergeltungsrecht handelt es sich um Vorsichtsmaßregeln zur Unschädlichmachung der abstrakten Vergeltungsgesetze."[174]) Wenn das Gesetz die Kraft behalten soll, seinen Zweck zu erreichen, so bedarf es der Unterwerfung des Einzelnen unter den Gesamtwillen in allen seinen Beziehungen."[175]) Das Gesetz darf auch dann Vergeltung fordern, wenn ein in seiner Begründung zweifel-

[173]) Oetker, Gerichtssaal, 89, S. 161 Kern, S. 588.
[174]) Beling, S. 112.
[175]) Oetker, Gerichtssaal, Bd. 87, S. 91.

haftes Gebot aus höheren Gründen verletzt wurde. „Nur die Gnade kann in einem solchen Konfliktsfalle helfen.“[175]) Der Gerechtigkeit dienen können aber nur solche Maßnahmen, welche vergelten, d. i., entweder die gute Tat belohnen, oder wie die Strafe das Unrecht bestrafen sollen. Indifferente Handlungen wie die sichernden Maßnahmen dienen aber nicht dem Zwecke der Gerechtigkeit. Es kann daher ein Rechtsinstitut, dessen vornehmste Aufgabe es ist, im einzelnen Falle einen höheren Grad der Gerechtigkeit zu erreichen, schon aus diesem Grunde, nicht auf die sichernden Maßnahmen angewandt werden.

Das Gericht ist, wenn es die Schuld eines Angeklagten feststellt, gesetzlich verpflichtet, eine Strafe festzusetzen. Der Gesetzesbefehl lautet allgemein: Der Täter ist zu bestrafen! Das Gericht ist hier gezwungen, die Strafen nach dem im Gesetz vorgesehenen Strafrahmen festzusetzen. Es darf nicht prüfen, ob im einzelnen Falle eine Bestrafung zweckmäßig ist. Es muß auch dann die Strafe festgesetzt werden, wenn nach Ueberzeugung der Richter der Täter besser unbestraft bliebe. Ganz anders bei den sichernden Maßnahmen. Hier darf das Gericht eine Maßnahme, wenigstens soweit es sich um die im Entwurf von 1927 vorgesehenen Maßregeln handelt, diese nur dann verhängen, wenn es davon überzeugt ist, daß der Unterzubringende der Allgemeinheit gefährlich ist[176]) und die zu verhängende Maßregel nach seiner Ansicht ein taugliches Mittel zur Bekämpfung der Gefahr ist. „Der Eintritt, die Fortdauer der Sondermaßregeln hängen von dem Zustande des von ihr Betroffenen ab.“[177]) Die Härten, welche sich daraus ergeben können, daß die Strafe entweder absolut bestimmt oder ein bestimmter Strafrahmen festgesetzt ist, können hier nicht hervortreten.

Das Genugtuungsbedürfnis, welches einer der Gründe ist, aus dem die Strafe verhängt wird, kann mit der Zeit schwinden. Das Andenken an die verbrecherische Tat verblaßt und es wird auch damit das Verlangen, die Tat zu vergelten, schwächer. Die Träger des Begnadigungsrechts machen deshalb in vielen Fällen von ihrem Recht zur Strafmilderung erst dann Gebrauch, wenn das Verbrechen schon längere Zeit zu-

---

[177]) Richter, S. 57.
[176]) Exner, Theorie, S. 180.

rückliegt. Auch hat der Angeklagte vielleicht die Schuld durch Verbüßung eines Teiles der Strafe in etwa gesühnt. Die staatliche Notwendigkeit, Vergeltung zu üben, ist geringer geworden als zu der Zeit, wo das Andenken des Verbrechens noch frisch war. Die Interessen des Staates und der Gesellschaft ertragen dann umso eher einen Gnadenerweis.

Ganz anders verhält es sich bei den sichernden Maßnahmen. Das Vergeltungsbedürfnis besteht hier nicht. Ein Geisteskranker kann zwar nach einer gewissen Zeit gebessert sein, aber es kann auch seine Gefährlichkeit nach Jahren ebenso groß oder noch größer sein als zur Zeit der Unterbringung. Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher kann nach einigen Jahren seine Gefährlichkeit noch nicht eingebüßt haben. Ein dauernd rückfälliger Sittlichkeitsverbrecher kann infolge der jahrelangen Enthaltsamkeit und der auch in der Verwahrungsanstalt nötigen Haftpsychose noch gefährlicher geworden sein. Stooß[178]) sagt daher mit Recht, daß der Sicherungsanspruch nicht verjähre, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, daß der Gesetzgeber auch etwas anderes bestimmen kann. Nach Nagler[179]) können die Gefährlichkeit des Täters und das Bedürfnis nach Sicherungen nicht durch die Gnade beseitigt werden. Wenn während der Dauer des gefährlichen Zustandes eine vorzeitige Entlassung verfügt werden sollte, so wäre die „Gnade" gegenüber dem Einzelnen Ungnade gegenüber der Gesamtheit.[180]) Eine außerordentliche Aufhebung der sichernden Maßnahmen erscheint mir ebenso widersinnig als wenn man im Mittelalter die dem Verbrecher beim Schwur der Urfehde auferlegten Verpflichtungen erlassen hätte, damit er um so leichter die Möglichkeit hätte, sein verbrecherisches Treiben fortzusetzen. Man könnte es vielleicht verstehen, wenn diejenigen sichernden Maßnahmen, welche hauptsächlich dem Zwecke der Sicherung dienen, im Wege der Gnade aufgehoben werden könnten, da sie für den von ihnen Betroffenen im Wesentlichen ein Uebel bedeuten. Ganz unverständlich wäre es aber, wenn man diejenigen Maßregeln, welche darauf abgestellt sind zu bessern, im Wege der Gnade aufheben wollte. Man würde damit z. B. dem Morphinisten und Trinker die Heilung im Wege der Gnade erlassen und

178) Stooß, Aschaffenburg, S. 373.
179) Nagler, S. 253.
180) Nagler, S. 253; Wüllner, S. 42.

eine vom Gesetzgeber angeordnete Wohltat verhindern. Ein solches Verfahren hätte mit Gerechtigkeit nichts gemeinsam.

Aehnliche Bedenken, wie gegen die Aufhebung der sichernden Maßnahmen, müssen gelten, wenn man die Anwendung der Begnadigung auf die von den Anhängern der konsequenten Sicherungstheorie geforderte Sicherungsstrafe rechtfertigen will. Die Sicherungsstrafe wird von ihnen nur als e i n e Tatfolge an Stelle der Strafen und der sichernden Maßnahmen gefordert. Sie soll die Elemente der beiden Arten von Maßregeln in sich vereinigen. Ihre vorzüglichste Aufgabe ist aber, was ihr Name schon bedeutet, der Schutz der Gesellschaft vor asozialen Individuen. Sie muß dazu führen, daß in Fällen, in denen die Schuld des Täters gering ist, der Täter aber eine große Gefahr für seine Umwelt bedeutet, er durch eine lange Freiheitsstrafe unschädlich gemacht werden müßte; dies würde aber gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit verstoßen. Eine Abkürzung der Strafzeit durch einen Gnadenakt wäre mit der konsequenten Sicherungstheorie unvereinbar, da ja die Begnadigung dem Gefangenen immerhin die Möglichkeit gibt, nach der Entlassung neue Straftaten zu begehen, dann erhält man aber ein Recht ohne Gnade. Unter einem solchen Recht dürfte es eine wirkliche Gerechtigkeit kaum geben, da auch die Festsetzung der Sicherungsstrafe nicht in so vollkommener Weise erfolgen kann, daß die Gnade zur Beseitigung von Härten überflüssig wäre. Wenn man sich aber auf den Standpunkt der Vertreter der konsequenten Sicherungstheorie stellt, so muß man die Anwendbarkeit der Begnadigung auf die sichernden Maßnahmen um so eher leugnen, als diese ja reinen Sicherungszwecken dienen sollen.

V. Für die Anwendung der Gnade auf die sichernden Maßnahmen besteht kein Bedürfnis, da die sichernden Maßnahmen im Gegensatz zur Strafe jederzeit aufgehoben werden können.

Wenn man etwa glauben wollte, daß es unbillig sei, wenn zwar der Strafgefangene von dem Strafübel befreit werden könnte, nicht aber der mit einer sichernden Maßnahme Belegte von dem mit dieser verbundenen Uebel, so schlägt dieser Einwand nicht durch, da eben Strafen und sichernde Maßnahmen in ihrem Wesen verschieden sind. Die Srafe soll

nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich vollstreckt werden. Die Strafe drängt danach, daß der Verurteilte das vom Richter über ihn verhängte Leiden auch auskosten soll. Dies Leiden ist ja in dem Urteil nach dem Maße der Schuld gemessen worden. Bei der Freiheitsstrafe ist die Zeit der Haft daher auch ein für allemal festgelegt. Bei den sichernden Maßnahmen wird dagegen nur eine Höchstdauer für die Maßnahme festgesetzt. Daraus ergibt sich, daß sie dazu bestimmt ist, nicht die ganze vorgesehene Zeit zu dauern, sondern sobald als möglich aufgehoben zu werden. Die vorzeitige Aufhebung ist schon bei der Verhängung vorgesehen. Bei der Strafe soll dagegen die vorzeitige Beendigung der Vollstreckung nur den Ausnahmefall bilden. Eine frühere Aufhebung ist grundsätzlich verboten. Nur durch die Begnadigung kann hier eine Ausnahme gemacht werden, während doch bei den sichernden Maßnahmen eine vorzeitige Aufhebung eigentlich die Regel ist. Der zu einer sichernden Maßnahme Verurteilte wird nicht länger seiner Freiheit beraubt, als es zum Schutze der öffentlichen Sicherheit erforderlich ist, da nach § 66 die Unterbringung nur solange dauert, als das Gesetz es erfordert.[181]) Die mit der Durchführung der Verwahrung betraute Sicherungs- und Wohlfahrtspolizeibehörde muß daher die Maßnahme vor Ablauf der bei der Verhängung festgesetzten Frist aufheben, wenn der Zweck erreicht ist, d. h. wenn die Gemeingefährlichkeit des untergebrachten Individuums beseitigt worden ist. Das Gericht muß, wenn der gefährliche Zustand des Gewohnheitsverbrechers fortgefallen ist, seine Zustimmung zu der Entlassung geben. Das gilt z. B. dann, wenn ein Verbrecher dauernd lahm oder alt und gebrechlich wird. Mit der Beseitigung des gefährlichen Zustandes erwirbt der Verwahrte ein Recht auf Entlassung. Ein Richter, der seine Zustimmung zur vorzeitigen Entlassung verweigern würde, obgleich unzweifelhaft feststeht, daß die Gefährlichkeit nicht mehr besteht, würde sich m. E. der Rechtbeugung — Verbrechen gegen § 336 StGB. bezw. § 129 des Entwurfs von 1927 — schuldig machen. Wenn in einem anderen Falle die Gnadeninstanz über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung anderer Ansicht sein sollte als der Richter, so muß sie sich darauf beschränken, bei Gericht Vorstellungen zu erheben,

[181]) Vergl. Grau und Schäfer, S. 69.

damit das Gericht eine erneute Prüfung vornehme. Sie kann aber selbst nicht eingreifen. Es kann hierin aber eine Härte für den von der Maßnahme Betroffenen liegen. Diese läßt sich eben nicht vermeiden. Trotzdem ist seine Rechtslage viel günstiger als die eines Strafgefangenen, dem von dem Eintritt der Haftunfähigkeit abgesehen, vor Ablauf der Strafzeit niemals ein Recht erwachsen kann, aus der Haft entlassen zu werden. Dieser Grund, der die Gnade rechtfertigt, ist für den mit einer Sondermaßnahme Belegten nicht vorhanden.

Die Möglichkeit der jederzeitigen Aufhebung macht auch bei Maßregeln, die zwar nicht zu den eigentlichen sichernden Maßregeln gehören aber doch Sicherungscharakter tragen, ein Eingreifen der Gnadengewalt entbehrlich. Nach § 6 Abs. 2 Ziff. IV des Schußwaffengesetzes vom 12. 4. 28 (RGBl. I S. 134) ist an die Verurteilung wegen bestimmter Straftaten kraft Gesetz die Folge geknüpft, daß Verurteilten ein Waffenerwerbsschein oder ein Waffenschein nicht erteilt werden darf. Da die obersten Landesbehörden nach § 16 Abs. 3 jederzeit Ausnahmen bewilligen können, handelt es sich, wie auch Grau und Schäfer[182]) meinen, um eine sichernde Maßnahme, bei der für die Gnade kein Raum ist. Wenn einmal die Notwendigkeit eintreten sollte, daß einem von einer solchen Folge betroffenen Waffenschein ausgehändigt werden müßte, so kann die oberste Landesbehörde von ihrer gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch machen und braucht nicht auf das Begnadigungsrecht zurückzugreifen. Es würde befremdend wirken, wenn z. B. einem Revolverhelden im Wege der Gnade eine neue Waffe in die Hand gegeben würde.

Wenn die oberste Landesbehörde nach § 16 der Verordnung des Reichspräsidenten vom 14. Juni 1932 eine Zeitung auf vier Wocher verbietet, so bedeutet das Verbot keine Strafe sondern eine Maßnahme zur Sicherung des Staates. Enthält der Artikel, der die Veranlassung zu dem Verbot war, eine strafbare Handlung, so kann neben dem Verbot eine Bestrafung des verantwortlichen Redakteurs erfolgen. Glaubt eine Landesregierung z. B. aus politischen Gründen ein Zeitungsverbot aufheben zu müssen, so kann sie das Verbot wie jede andere Verwaltungsmaßnahme einfach aufheben. Sie braucht nicht als Gnadeninstanz aufzutreten.

---

[182]) Grau und Schäfer, S. 71.

Das Gericht prüft freilich nur periodisch nach, ob die sichernde Maßnahme noch erforderlich ist. Es kann sich eine unbillige Härte ergeben, wenn kurz nach einer Prüfung der Voraussetzungen für die Fortdauer der Maßnahme die Voraussetzungen fortfallen. Diese Härte ließe sich aber auch bei Anwendung der Gnade auf die sichernden Maßnahmen nicht vermeiden, da auch die Gnadeninstanz nicht fortlaufend sich mit dem einzelnen „Gesicherten" beschäftigen kann.

Durch die Bestimmung, daß eine sichernde Maßnahme nur so lange dauern soll, wie der Zweck es erfordert, werden m. E. auch die Fälle getroffen, in denen die sichernden Maßnahmen zu Unrecht angeordnet worden sind. Die Vorschrift des § 60 I des Entwurfs von 1927, daß die Unterbringung nur so lange dauern soll, als es ihr Zweck erfordert, ist hier als Generalklausel dahin auszulegen, daß die sichernde Maßnahme fortfallen muß, wenn der gefährliche Zustand nicht mehr besteht. Es muß die Maßnahme um so eher aufgehoben werden, wenn der Richter zu Unrecht angenommen hat, daß ein gefährlicher Zustand bestände. Dies ergibt sich schon durch Schluß a majori adminus. Hatte sich die Behörde bei der Verhängung einer sichernden Maßnahme einmal geirrt, so besteht, wie Nagler[183]) mit Recht hervorhebt, kein Grund zur Durchführung. Wenn die sichernde Maßnahme aber jederzeit aufgehoben werden kann - und sei es auch am ersten Tage des Vollzuges - so ist nach Exner[184]) „das Bedürfnis einer außerordentlichen Korrektion garnicht vorhanden." Dies muß nach dem Entwurf auch für die Sicherungsverwahrung gelten. Das Gericht kann und muß am ersten Tage der Unterbringung oder evtl. noch vorher seine Zustimmung zu der Entlassung bezw. der Nichtvollziehung geben, wenn die Sicherungsvoraussetzungen nicht vorhanden sind.

VI. Die Möglichkeit der Aufhebung im Gnadenwege entfällt insbesondere für die Sicherungsverwahrung, da die vorzeitige Aufhebbarkeit im Entwurf ausschließlich geregelt ist.

Die Bestimmung des § 62 des Entwurfs von 1927, daß die Entlassung nur mit Zustimmung des Gerichts er-

183) Nagler, S. 253.
184) Exner, Theorie, S. 180.

folgen soll, bedeutet eine ausschließliche gesetzliche Regelung der Möglichkeiten der Aufhebung. Der Entwurf will jede Entscheidung über die Entlassung in die Hände des unabhängigen, nur dem Gesetz unterworfenen Richters legen. Nach der Begründung des § 62 muß das Gericht, wenn es einen gefährlichen Gewohnheitsverbrecher der Sicherungsverwahrung überweist, die Gewähr haben, daß er solange in der Sicherungsverwahrung zurückgehalten wird, als er eine Gefahr für die Allgemeinheit bildet. Es soll damit die endgültige Entscheidung nicht einer anderen Behörde überlassen werden, auch nicht der politischen Einflüssen zugänglichen Gnadeninstanz. Nach § 517 des österreichischen Entwurfs von 1912 sollte die Entlassung aus der Sicherungsverwahrung nur auf Grund eines gerichtlichen Beschlusses stattfinden. Exner[185]) findet in dieser dem § 62 des Entwurfs inhaltlich vollkommen gleichkommenden Vorschrift den Anschluß des Begnadigungsrechts. Deutlicher als durch die Wendung des § 62 des Entwurfs „nur mit Zustimmung des Gerichts" konnte der Gesetzgeber m. E. wohl kaum seinen Willen dahin ausdrücken, daß diese Vorschrift eine ausschließliche Regelung der vorzeitigen Entlassung bedeuten solle. Damit will er auch die Gnadeninstanz ausschalten. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Aufhebung von sichernden Maßnahmen durch Begnadigung auch deshalb nicht möglich ist, da der Gesetzgeber die Möglichkeiten der Aufhebung im Entwurf ausschließlich regeln will.

VII. Die Unmöglichkeit der Aufhebung der sichernden Maßnahmen im Gnadenwege ergibt sich aus einem Vergleich mit den Erziehungsmaßnahmen des Jugendgerichtsgesetzes.

Wer für die Aufhebung der sichernden Maßnahmen im Gnadenwege eintritt, muß auch die Aufhebung der Erziehungsmaßnahmen des § 7 des Jugendgerichtsgesetzes für möglich halten, da es sich hier, wie wir oben gezeigt haben, um besonders für Jugendliche zugeschnittene Maßregeln handelt. Die Nichtanwendbarkeit ergibt sich an sich schon aus dem Umstande, daß die Erziehungsmaßnahmen keine Strafen sind, da sie ja anstatt der Strafe verhängt werden können (§ 6 J. G.

185) Exner, Theorie S. 180.

G.). Auch der Jugendliche empfindet die Fürsorgeerziehung mit ihrer strengen Zucht als Uebel. Es würde hier schon unserem Rechtsgefühl widersprechen, wenn man einem völlig verwahrlosten Jugendlichen im Wege der Gnade aus der Erziehungsanstalt entlassen würde, ohne daß er zuvor an Ordnung gewöhnt und gebessert wäre. Jeder rechtlich denkende Staatsbürger hält es vielmehr für richtig, daß der jugendliche Taugenichts zuvor in eine harte Schule genommen wird. Ein Gnadenerweis, der hier gewährt würde, würde niemand billigen können. Man hält hier allgemein einen Gnadenerweis für unmöglich[186]), wenn auch freilich nur aus dem Grunde, weil das Begnadigungsrecht nur die Befugnis zum Erlaß von Strafen umfasse. In der allgemeinen Verfügung des Preußischen Justizministers (Preuß. Justiz.-Min. Bl. S. 450) heißt es in Abschnitt II Ziff. 1 „Eine Aenderung oder Aufhebung von Erziehungsmaßregeln im Gnadenwege findet nicht statt." Wenn man aber schon einem Jugendlichen die Gnade verweigert, so darf man sie einem Erwachsenen, der verwahrlost ist, oder der sonst nicht geeignet ist, frei in der menschlichen Gesellschaft zu leben, den Vorteil der Begnadigung erst recht nicht zuteil werden lassen. Noch weniger als mit der gnadenweisen Entlassung eines Jugendlichen aus der Erziehungsanstalt würde die öffentliche Meinung sich damit abfinden, wenn es ein deutsches Ministerium als Inhaber der Gnadengewalt unternehmen würde, einen auf Grund gerichtlicher Ermächtigung in einer Heilanstalt untergebrachten Geisteskranken oder einen in Sicherungsverwahrung befindlichen gefährlichen Gewohnheitsverbrecher aus Anlaß eines Nationalfeiertages im Gnadenwege zu entlassen, und „zur Feier des Tages wieder auf die Menschheit loszulassen." Das Ministerium würde bald mit Recht ein Mißtrauensvotum seiner Volksvertretung erhalten und zurücktreten müssen.

---

186) Kiesow, Anm. 9 zu § 5 JGG.; Hellwig, Anm. 9 zu § 5 JGG. Finger, S. 590 ff., Binding, S. 873. von Liszt, § 75 II, Eberhard, Schmidt, S. 570, Anm. 34, v. Redwitz S. 194.

G. Endergebnis und Schluß.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß die Aufhebung der Maßregeln des § 55 des Entwurfs im Wege der Gnade nicht möglich ist. Wenn im Strafrechtsausschuß des Reichstages darauf hingewiesen worden ist, daß die sichernden Maßnahmen bisher von den Regierungen der Länder im Wege der Gnade aufgehoben worden sind, so kann sich diese Aufhebung nur auf die im Eingange der Arbeit aufgeführten polizeil. Maßregeln der Besserung und Sicherung erstrecken, insbesondere auf die Aufhebung der Polizeiaufsicht und der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde (Arbeitshaus). Diese Maßregeln hat man, wie wir oben gesehen haben, als Strafen angesehen. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß diese Maßregeln Strafen seien, so muß man die Anwendung des Begnadigungsrechts auf diese Maßregeln zulassen. Die Ansicht, daß diese Maßregeln Strafcharakter tragen, ist aber unrichtig. Das Begnadigungsrecht darf daher nach dem geltenden Recht nicht auf sie erstreckt werden. Die Praxis der Anwendung des Begnadigungsrechts auf Polizeiaufsicht und Ueberweisung in ein Arbeitshaus entbehrt nach dem Ergebnis unserer Untersuchung schon deshalb jeder rechtlichen Grundlage, da die Begnadigung sich nur auf Strafen erstrecken kann.

Die Länder werden durch die im Entwurf von 1927 vorgesehene Regelung in ihren ihnen nach der Reichsverfassung zustehenden Rechten nicht geschmälert, wenn der Entwurf die Ueberweisung in ein Arbeitshaus unter die sichernden Maßnahmen aufnimmt und damit die Möglichkeit aufhebt, daß diese Maßnahme als Strafe durch Begnadigung aufgehoben wird. Auch die Anordnung der Ueberführung eines wegen Mordes zu lebenslanger Zuchthausstrafe verurteilten oder begnadigten Mörders in Sicherungsverwahrung bedeutet keine Einschränkung des Begnadigungsrechtes der Länder.

Lebenslauf.

Ich, Julius Anton Niehaus, wurde 10. Juni 1901 zu Saerbeck, Kreis Münster in Westfalen, als Sohn des Brennereibesitzers Ferdinand Niehaus und seiner Ehefrau Maria Niehaus geb. Hövel geboren. Ich besuchte zunächst die Volksschule meines Heimatortes und dann die Rektoratschulen zu Ibbenbüren und Greven i. W. Im Frühjahr 1918 kam ich auf das Gymnasium zu Rheine. Im Herbst 1919 wurde ich Schüler des Gymnasiums zu Emmerich a. Rh. Hier bestand ich am 20. März 1922 die Reifeprüfung. Im Sommersemester 1922 studierte ich an der Westfälischen Wilhelmsuniversität zu Münster Philosophie und Germanistik. Im Wintersemester 1922/23 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Im Wintersemester 1923/24 studierte ich an der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. Br. Vom Sommersemester 1924 an studierte ich wieder in Münster. Am 22. und 24. Oktober 1927 bestand ich vor der Prüfungskommission bei dem Oberlandesgerichte zu Hamm die erste juristische Prüfung. Zur Zeit bin ich im Bezirke des Oberlandesgerichtes zu Hamm als Referendar tätig. Am 30. Juli 1932 bestand ich vor der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg das Doktorexamen mit dem Prädikat magna cum laude.